

**LA DISTINCTION  
ENTRE  
SOLIDARITÉ PARFAITE  
ET  
SOLIDARITÉ IMPARFAITE**

**THÈSE**

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE  
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

**BERNARD CORBOZ**  
DE  
GENÈVE

**THÈSE N° 617**

IMPRIMERIE «LES PRESSES DE SAVOIE»  
AMBILLY - ANNEMASSE

1974





Digitized by the Internet Archive  
in 2026



UNIVERSITÉ DE GENÈVE FACULTÉ DE DROIT

LA DISTINCTION  
ENTRE  
**LA DISTINCTION**  
ENTRE  
**SOLIDARITÉ PARFAITE**  
ET  
**SOLIDARITÉ IMPARFAITE**

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE  
POUR L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR M. J. C. CHAMBERLAIN

EN

1921

THÈSE N° 101



UNIVERSITÉ DE GENÈVE - FACULTÉ DE DROIT

**LA DISTINCTION  
ENTRE  
SOLIDARITÉ PARFAITE  
ET  
SOLIDARITÉ IMPARFAITE**

**THÈSE**

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE  
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

**BERNARD CORBOZ**

DE  
GENÈVE

**THÈSE N° 617**

IMPRIMERIE «LES PRESSES DE SAVOIE»  
AMBILLY - ANNEMASSE

1974

# LA DISTINCTION

ENTRE

La faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 29 mars 1974.

*Le Doyen :*

Christian DOMINICÉ.

Thèse N° 617.



## TABLE DES ABRÉVIATIONS

|           |                                                                                                                                 |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Recht vom 18. August 1896.                                                             |
| BIZR      | Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.                                                                                        |
| CC        | Code civil suisse, du 10 décembre 1907.                                                                                         |
| CCfr      | Code civil français, du 30 août 1816.                                                                                           |
| CN (SUVA) | Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents.                                                                         |
| CO        | Code des obligations, du 30 mars 1911/18 décembre 1936.                                                                         |
| CP        | Code pénal suisse, du 21 décembre 1937.                                                                                         |
| CPfr      | Code pénal français, du 28 avril 1832.                                                                                          |
| Cst. féd. | Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874.                                                               |
| FJS       | Fiches juridiques suisses.                                                                                                      |
| JT        | Journal des Tribunaux, 1 <sup>re</sup> partie.                                                                                  |
| LAM       | Loi fédérale sur l'assurance militaire, du 20 septembre 1949.                                                                   |
| LAMA      | Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 13 juin 1911.                                                 |
| LAI       | Loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959.                                                                       |
| LAVS      | Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946.                                                     |
| LCA       | Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908.                                                                        |
| LCD       | Loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943.                                                                 |
| Lcond     | Loi fédérale sur les installations de transport par conduites, du 4 octobre 1963.                                               |
| LCR       | Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958.                                                                   |
| LF (BG)   | Loi fédérale.                                                                                                                   |
| LIE       | Loi fédérale sur les installations électriques à fort et à faible courant, du 24 juin 1902.                                     |
| LNA       | Loi fédérale sur la navigation aérienne, du 21 décembre 1948.                                                                   |
| LRchf     | Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemin de fer, de bateaux à vapeur et des postes, du 28 mars 1905. |
| OM        | Organisation militaire de la Confédération suisse, du 12 avril 1907.                                                            |
| RDS (ZSR) | Revue de droit suisse.                                                                                                          |
| RO        | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.                                                                                |
| SJ        | Semaine judiciaire.                                                                                                             |
| SJZ       | Schweizerische Juristen-Zeitung.                                                                                                |
| TF        | Tribunal fédéral.                                                                                                               |
| ZBJV      | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.                                                                                     |



## CHAPITRE PREMIER

### INTRODUCTION

#### § 1. OBJET DU TRAVAIL.

##### A) *Situation du problème.*

En principe, chacun doit supporter le dommage qui l'atteint dans son patrimoine. Il arrive cependant que le lésé puisse s'adresser à un tiers pour exiger de lui la réparation totale ou partielle du dommage. Pour qu'une personne soit tenue de réparer tout ou partie du dommage subi par autrui, il faut qu'elle ait engagé sa responsabilité.

On peut distinguer plusieurs causes de l'obligation de réparer le dommage subi par autrui<sup>1</sup> :

— Il convient de citer tout d'abord le cas où une personne s'est engagée à réparer totalement ou partiellement le dommage. L'obligation repose alors sur la volonté de réparer, manifestée par le sujet. Le cas le plus important de cette catégorie est bien entendu celui de l'assureur. Le principe de la liberté contractuelle permet de s'engager à réparer même un dommage que l'on ne cause pas personnellement.

— En second lieu, il faut citer le cas où une personne a causé un dommage en violant fautivement un devoir relatif, c'est-à-dire une obligation à l'égard d'une personne déterminée. Il n'est ici pas nécessaire que le sujet ait vraiment voulu son obligation de réparer. La loi prévoit d'une manière toute générale l'obligation de réparer le dommage causé par la violation d'un devoir relatif (art. 97 al. 1, 103 al. 1, 107 al. 2, 190, 191, 208 al. 2 et 3, 215, etc. CO). On observera que la loi subor-

---

<sup>1</sup> Sur tout le problème des diverses sources de l'obligation de réparer le dommage subi par autrui, on ne manquera pas de lire l'étude très originale et pénétrante de : Peter Jaeggi, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung in Mélanges Schönenberger (Fribourg 1968), p 181 ss.

donne la responsabilité à l'existence d'une faute qui est d'ailleurs présumée (art. 97 al. 1 CO). Non seulement il n'est pas nécessaire que l'obligation de réparer ait été voulue, mais il n'est pas même indispensable que le devoir relatif violé ait été voulu. Le devoir relatif peut en effet résulter d'un engagement pris, d'une norme de droit dispositif (que les parties ignoraient peut-être), ou d'une règle impérative de la loi qui s'impose sans égard à la volonté des parties (voir par exemple les art. 328, 337 d, 361 et 362 CO). Le sujet reste cependant libre, avec l'accord de l'autre partie, de fixer les conditions de sa responsabilité, sous réserve des articles 100, 101 al. 3 CO et 27 al. 2 CC.

— Il faut citer ensuite le cas où la responsabilité découle de la violation fautive d'une norme générale statuée par l'ordre juridique afin de protéger les particuliers (art. 41 CO)<sup>2</sup>. Là aussi, le sujet doit avoir causé un dommage en violant son devoir par un comportement fautif.

— Le législateur peut édicter des normes de responsabilité, pour certains cas déterminés, qui obligent à réparation des personnes qui n'ont même pas commis de faute. On parle alors de responsabilité causale<sup>3</sup>. Dans ces cas, on admet d'une manière générale que le sujet répond même du fait d'autrui ; certaines normes fondent d'ailleurs la responsabilité sur le fait d'autrui (art. 55, 101 CO, 55 CC). La loi peut tenir pour responsables des gens qui ont violé un devoir sans avoir commis de faute (on parle alors de responsabilité de simple causalité) et même des gens qui n'ont ni commis de faute, ni violé un devoir quelconque, mais qui créent un risque particulier dans l'exercice d'une activité licite (il y a alors responsabilité à raison du risque)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 110 et ss.

<sup>3</sup> Si le législateur entend instituer une responsabilité indépendante de toute faute, il doit édicter une norme de responsabilité à ce sujet. En effet, une dérogation aux principes généraux des art. 97 CO (responsabilité fondée sur la violation fautive d'un devoir relatif) et 41 CO (responsabilité fondée sur la violation fautive d'un devoir absolu) ne se présume pas. Cf. art. 55, 56, 58 et 54 CO ; art. 333 et 679 CC (la classification des responsabilités fondées sur les art. 55 CC et 101 CO est controversée) ; à cela s'ajoutent tous les cas de responsabilité à raison du risque (cf. note 4).

<sup>4</sup> Cf. art. 1 et ss LRchf ; art. 27 à 41 LIE ; art. 58 à 89 LCR ; art. 27 à 31 OM ; art. 64 à 74 LNA ; art. 15 et 16 de la loi sur les entreprises de trolleybus du 29 mars 1950 ; art. 12 à 26 de la loi sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique et la protection contre les radiations du 23 décembre 1959 ; art. 13 et 14 de la loi sur la chasse et la protection des oiseaux du 10 juin 1925 ; art. 3 al. 2 et 47 al. 1 de la loi sur le service des postes du 2 octobre 1924 ; art. 48 à 50 et 126 de la loi sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 ; art. 77 à 81 de la loi sur la protection civile du 23 mars 1962 ; art. 33 à 40 Lcond. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 16-9.

Enfin, le législateur peut prévoir une obligation de réparer le dommage, en dehors de toute hypothèse contractuelle, alors que le sujet n'a pas causé le préjudice (ni même les personnes dont il répond)<sup>5</sup>.

Un problème particulier surgit lorsque *plusieurs personnes* sont tenues chacune de réparer le *même dommage*<sup>6</sup>. La réglementation de la pluralité de responsables, se rattachant au droit des obligations, se trouve aux conflits du droit des obligations contractuelles et de celui des obligations extra-contractuelles, puisque les obligations de réparer des divers coresponsables peuvent avoir des causes juridiques différentes.

La présente étude se rattache à la théorie générale de la pluralité de responsables. Du point de vue logique, on pourrait concevoir différentes manières de régler le problème de la pluralité de responsables (cf. *infra* I § 2 A). Le droit positif suisse a retenu en principe le mécanisme de la solidarité au sens large. Nous nous attacherons donc à cette seule institution.

Nous aurons l'occasion de décrire dans ses grandes lignes le système choisi par le législateur suisse pour régler le problème de la pluralité de responsables (cf. *infra* I § 2 A d). Il conviendra de se demander ensuite si cette solidarité est une institution unitaire, ou si au contraire, on doit faire des distinctions entre les cas de responsabilité plurale.

---

<sup>5</sup> Que l'on songe aux prestations de l'assurance-accidents obligatoire, de la collectivité publique en faveur de ses fonctionnaires, etc.

Ces cas se distinguent très nettement de tous les autres. Il n'y a en effet ni engagement volontaire de réparer un dommage, ni violation (en principe fautive) d'un devoir relatif (imposé ou librement consenti) ou absolu. Il ne s'agit pas non plus d'une responsabilité à raison du risque, supposant un rapport de causalité. On se trouve face à une obligation strictement légale de réparer un dommage (découlant en général d'un rapport préexistant entre responsable et lésé).

<sup>6</sup> Le problème ne se pose pas lorsque les divers responsables ne sont pas tenus de réparer le *même* dommage. Il faut rechercher, en application de la théorie de la causalité adéquate, s'il n'y a pas lieu de déterminer le dommage causé par chacun individuellement. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 295, note 10; von Büren, *op. cit.*, p. 63/4; Gilliard, *op. cit.*, p. 268 et ss; Guisan in JT 1943, p. 473; RO 66 II 121: Blanc et Chabbey c/ Beney; RO 68 II 369 = JT 1943, p. 466; Kägi c/ Ochsner (arrêt très critiqué).

Dans le cas de l'assureur, il ne pourra y avoir coresponsabilité que dans la mesure où il couvre les mêmes éléments du dommage. RO 58 II 230 = JT 1933, p. 211: Heinzelmann c/ Gandoni-Schlosser; RO 60 II 30 = JT 1934, p. 268: Täuber c/ CNA; RO 60 II 150 = JT 1934, p. 494: Fabrique de Deisswil c/ Schmid; RO 64 II 137 = JT 1938, p. 621: Lüthi c/ Gärtner; RO 81 II 38: Lauper c/ Laurens Le Khédivé; RO 85 II 258: Berra c/ Cirlini.

Nous indiquerons rapidement, à ce sujet, la solution du droit romain et celle des deux grands droits voisins (cf. *infra* I § 2 B et C).

Nous rechercherons alors, dans la législation, la doctrine et la jurisprudence suisses, les traces d'une distinction entre les cas de solidarité (cf. *infra* II § 1). Après avoir constaté l'existence, en droit positif suisse, d'une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, nous examinerons le critère permettant de savoir dans chaque cas d'espèce s'il y a solidarité parfaite ou solidarité imparfaite (cf. *infra* II § 2 A). Cette démarche nous conduira à une recherche de la raison d'être de cette distinction (cf. *infra* II § 2 B).

Nous décrirons ensuite, dans un esprit critique, les conséquences pratiques de la distinction, en considérant à chaque fois si les effets de la distinction sont en relation logique avec sa raison d'être (cf. *infra* III).

Enfin, il faudra débattre de l'opportunité de cette distinction à la lumière des éléments réunis précédemment (cf. *infra* IV et V).

Nous savons que la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite est souvent mal connue, et que ses effets concrets apparaissent incertains à de nombreux praticiens. Par ailleurs, aussi bien l'existence de la distinction que certains de ses effets pratiques font l'objet de critiques doctrinales. La loi n'étant pas explicite, la discussion se situe non seulement de *lege ferenda*, mais aussi de *lega lata*. Face à une jurisprudence quelque peu hésitante et à une doctrine divisée, il est apparu opportun de faire le point en cette matière. Trop souvent, l'existence de la distinction n'est relevée que presque incidemment<sup>7</sup> ; il semble donc souhaitable d'examiner cette distinction, en tant qu'unique objet de cette thèse, de manière à étudier systématiquement, et dans un esprit critique, la raison d'être et les conséquences de ce dualisme.

### B) *Délimitation du problème.*

Comme nous l'avons dit, la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite se rattache à la théorie générale de la pluralité de *responsables*. Le domaine ressortit donc à la responsabilité civile.

Il convient de préciser d'emblée que l'on peut rencontrer des cas où plusieurs personnes sont tenues d'effectuer la même prestation, sans que celle-ci consiste en la réparation d'un dommage. Par exemple, plusieurs personnes peuvent s'engager ensemble à livrer le même ouvrage.

---

<sup>7</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 296-8 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55.

On ne se trouve alors pas dans le domaine de la responsabilité, mais exclusivement dans le domaine contractuel (cf. toutefois *infra* note 314)<sup>8</sup>.

Dans ces hypothèses purement contractuelles, les débiteurs peuvent prévoir que le créancier est en droit d'exiger de chacun d'eux la prestation complète. On se trouve alors face à un cas de solidarité parfaite au sens des articles 144 et ss CO (art. 143 al. 1 CO). Les mêmes dispositions légales sont applicables lorsque plusieurs personnes se sont engagées à fournir la même prestation indivisible (pseudo-solidarité)<sup>9</sup>. Il peut se produire enfin que la loi elle-même institue la solidarité (au sens des art. 144 et ss CO) entre codébiteurs<sup>10</sup>. Hormis ces cas, *la solidarité ne se présume pas*, et chacun des débiteurs conjoints n'est tenu qu'à une quote-part de la dette (on divise la créance par têtes, ou selon une autre règle de partage fixée conventionnellement)<sup>11</sup>.

*Toute solidarité imparfaite est exclue lorsqu'il ne s'agit pas de réparer un dommage.* Le droit des contrats ne connaît (et seulement par exception) que la solidarité parfaite. La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite ne présente donc point d'intérêt dans ce domaine, et c'est la raison pour laquelle nous ne traiterons en principe pas de la solidarité stipulée (contractuelle), ni donc, a fortiori, de la pluralité d'obligés en général.

Non seulement notre sujet est limité à la pluralité de *responsables*, mais encore il n'étudie qu'un aspect de cette matière. Notre but n'est en effet pas de faire la théorie de la pluralité de responsables. Nous nous limiterons au seul problème de la distinction entre solidarité parfaite et imparfaite. Ceci signifie que nous n'aurons pas à examiner les mécanismes de la pluralité de responsables pour lesquels il n'est fait aucune différence entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.

On distingue, dans le mécanisme de la solidarité, les *rapports externes*, c'est-à-dire les droits du lésé à l'égard de chaque responsable, et les *rapports internes*, c'est-à-dire les droits des coresponsables entre

---

<sup>8</sup> Le cas de l'assureur est un cas particulier : il s'agit d'un simple *obligé* contractuel, mais qui n'intervient qu'en cas de survenance d'un dommage. Il n'a ni causé le préjudice, ni commis un acte illicite, ni violé une obligation contractuelle ; cependant, comme il intervient en cas de dommage, il se trouve fréquemment tenu en concours avec des responsables au sens strict. A des fins de simplification, nous emploierons le terme de *responsable*, même pour désigner un assureur tenu envers le lésé à la réparation du dommage subi.

<sup>9</sup> Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55.

<sup>10</sup> Art. 308, 403, 478, 497 al. 2, 544 al. 3, 568 al. 1, 569 al. 1, 654 al. 1, 797 al. 2, 838 al. 2 CO.

<sup>11</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, Art. 143-150, Vorbemerkung, note 2 ; Becker, *op. cit.*, die Solidarität, Ar. 143-150, Vorbemerkung, note 5 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 677 ; von Büren, *op. cit.*, p. 93.

eux. Nous verrons que la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite n'affecte pratiquement pas les principes généraux régissant les rapports internes. Nous n'aurons donc pas à étudier d'une manière systématique le problème de la répartition entre les responsables du fardeau de la réparation. Nous nous attacherons donc essentiellement aux rapports externes, et seulement dans la mesure où il y a lieu d'observer des différences de traitement entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.

Nous n'examinerons pas le rôle de l'assureur en tant que coobligé, ni les possibilités de déroger conventionnellement aux mécanismes institués par la loi, parce qu'il s'agit de questions qui, bien qu'importantes pour la théorie générale de la pluralité de responsables, sont indépendantes de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.

Ce travail n'est donc en aucune manière un traité de la solidarité dans le domaine de la responsabilité civile, il n'est que l'étude de la distinction faite, sur le plan de la pluralité de responsables, entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.

### C) *Enoncé du problème.*

L'objet de cette thèse est, en dernière analyse, de répondre à un certain nombre de questions précises :

Partant de la constatation que le droit positif suisse fait une distinction fondamentale entre les cas de *pluralité de responsables*, en opposant *solidarité parfaite et solidarité imparfaite*, il s'agit de déterminer exactement quelles sont :

- les sources formelles,
- la raison d'être matérielle,
- et les conséquences pratiques de cette distinction.

Ensuite, il faudra discuter les problèmes suivants :

- a) La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite est-elle justifiée ?
- b) Ses divers effets sont-ils tous justifiés ?
- c) Quelles modifications devrait-on apporter au mécanisme établi, de *lege lata*, puis de *lege ferenda* ?

## § 2. LA PLURALITÉ DE RESPONSABLES EN GÉNÉRAL.

### A) *Le problème du point de vue logique.*

Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, on pourrait, sous l'angle de la logique, régir les rapports de chaque coresponsable avec le lésé de quatre manières différentes <sup>12</sup>.

#### a) *Le cumul des réparations.*

La faute ou le fait d'un tiers n'étant en principe pas des facteurs de réduction (nous verrons les exceptions, *infra* p. 86) <sup>13</sup>, on pourrait exiger de chaque coresponsable qu'il répare le dommage sans égard à l'obligation des autres. Le lésé exigerait ainsi la réparation due par chacun, sans égard à l'existence d'une pluralité de responsables. Grâce à un cumul des prestations, la victimes aurait toutes chances de recevoir davantage que la réparation totale de son dommage. La survenance d'un dommage deviendrait ainsi une source d'enrichissement, grâce à la circonstance, généralement fortuite, qu'il existe une pluralité de responsables. Un tel profit étant injustifiable et étranger au but poursuivi par les normes de responsabilité, cette construction a été rejetée en droit suisse, et l'on a posé le principe indemnitaire (ou de non-enrichissement) : le lésé ne doit jamais obtenir davantage que la réparation totale de son dommage <sup>14</sup>. Cette règle connaît une exception importante pour les prestations des assurances privées des personnes (art. 96 LCA) <sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> On trouvera une classification analogue chez Stucki, *op. cit.*, p. 14-16. Cet auteur distingue encore deux types supplémentaires de pluralité d'obligés : a) le cas où le créancier doit nécessairement rechercher tous les codébiteurs ensemble (généralement pour des obligations découlant d'une propriété en main commune) ; b) le cas où le créancier a en face de lui un débiteur principal et un débiteur accessoire (une caution par exemple). A mon sens, cette hypothèse ne se distingue pas fondamentalement du principe de la subsidiarité décrit ci-après. Il est vrai que la subsidiarité semble généralement exclure l'obligation de la personne tenue subsidiairement, tandis que l'on peut admettre que le débiteur accessoire a une obligation actuelle, mais conditionnelle.

<sup>13</sup> Hartmann, *op. cit.*, p. 33/34 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 262.

<sup>14</sup> Le droit romain admettait le cumul des poenae en cas de délit civil, parce qu'il attachait des vertus pénales à cette prestation. Schazmann, *op. cit.*, p. 37 et ss ; Demogue, *op. cit.*, p. 785 ; cf. *infra*, I, § 2, B.

<sup>15</sup> Nous rappellerons ici que l'assureur n'est pas à proprement parler un responsable. Sa prestation n'est pas la réparation d'un dommage qu'il aurait causé mais l'exécution de l'obligation spécifique du contrat d'assurance. Il vaudrait donc mieux parler à son sujet d'« obligé », plutôt que de « responsable ». Comme il n'est qu'une exception parmi les obligés en cas de survenance d'un dommage, nous continuerons à parler des « coresponsables », étant entendu que cette formule générale comprend aussi l'assureur.

Il a en effet été admis que ces prestations sont avant tout la conséquence du paiement des primes, et que l'on ne peut déterminer la réparation totale lorsque le bien en jeu est la vie ou la santé humaine<sup>16</sup>. Le lésé pourra donc toucher les prestations de l'assurance sans que cela affecte ses droits à l'égard des tiers responsables. Les assurances sociales ont cependant écarté le principe du cumul des prestations, essentiellement pour limiter le montant des cotisations obligatoires<sup>17</sup>.

b) *La subsidiarité des prestations.*

Une autre solution consiste à poser qu'il ne peut y avoir, en tout état de cause, qu'un seul responsable. Il faudrait donc classer les normes de responsabilité en ordre de subsidiarité, et admettre que tel responsable exclut tel autre. C'est ainsi que le responsable à raison d'une norme générale se verrait purement et simplement libéré grâce à la circonstance fortuite qu'il existe un responsable tenu à raison d'une norme spéciale<sup>18</sup>. Nous pensons d'ailleurs qu'il vaudrait mieux raisonner sur un ordre des responsabilités analogue à celui de l'article 51 al. 2 CO, plutôt que sur la notion de *lex specialis*. Hormis le fait qu'un ordre des responsabilités satisfaisant est difficile à établir, cette conception ne permet pas de régler les cas où les coresponsabilités se fondent sur la même norme.

L'existence d'une pluralité de responsables étant une circonstance généralement fortuite, nul ne peut s'en prévaloir comme de son fait. Il est dès lors apparu plus juste que cette chance profite au lésé, tant il est vrai que la réparation ne peut jamais être complète, puisqu'elle ne saurait effacer parfaitement les douleurs, les soucis, le temps perdu. Dans un système où la responsabilité est fondée en principe sur la faute, il semble juste de favoriser d'abord le lésé plutôt que le responsable. La construction proposée est désavantageuse pour le lésé parce qu'elle l'oblige à agir en premier lieu à l'encontre d'un responsable déterminé, alors qu'il préférerait peut-être actionner une autre personne dont la responsabilité est effectivement engagée à son endroit. Pourquoi la présence fortuite d'une pluralité de responsables priverait-elle le lésé de la faculté d'assigner tel responsable, notoirement solvable et qu'il peut

---

<sup>16</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 51, note 13 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 199/200 ; Koenig, *op. cit.*, p. 386-8 ; Brühlmann, *op. cit.*, p. 126-8 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 122 et ss.

<sup>17</sup> Art. 100 LAMA ; art. 26 LAMA ; art. 49 LAM. En revanche, la LAVS et la LAI admettent le cumul, sauf dans l'hypothèse de l'art. 11 al. 3 LAI. Oftringer, *op. cit.*, I, p. 302, 364/5 et 396 et ss. ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 200/1 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 281.

<sup>18</sup> Rumpf, *op. cit.*, p. 71. Théorie rejetée en Suisse : cf. Yung in SJ 1933, p. 243/4 et ses références.

rechercher au for de son propre domicile ? L'injustice apparaît même flagrante si l'on doit admettre que la responsabilité principale exclut absolument la responsabilité subsidiaire, même si le responsable principal est insolvable ou en fuite.

Le droit suisse a rejeté cette construction dans le domaine de la responsabilité civile. On en trouve néanmoins un exemple dans le cas de la responsabilité des organes de tutelle<sup>19</sup>.

### c) *Le partage des responsabilités.*

Comme il est difficile du point de vue éthique de justifier la libération totale d'un responsable grâce à la présence d'un autre responsable, on pourrait songer à répartir équitablement le fardeau de la réparation entre les coresponsables. On éviterait ainsi le problème de la subsidiarité entre responsabilités fondées sur la même norme juridique. Il faudrait établir des règles de répartition analogues à celles qui ont été dégagées dans les rapports internes de solidarité.

L'inconvénient de ce système est évident : il ferait de la pluralité de responsables un désavantage pour le lésé, qui devrait assigner chaque responsable pour sa part, ce qui présuppose une délicate opération de répartition et entraîne une pluralité d'actions en justice. On ne voit vraiment pas pourquoi la situation du lésé devrait être moins bonne parce qu'il se trouve plusieurs personnes tenues envers lui à la réparation du même dommage<sup>20</sup>. Une telle construction suscite d'ailleurs l'idée d'une division de la causalité en fonction du rôle joué par chaque facteur causal, opération que l'on veut précisément bannir dans la conception traditionnelle<sup>21</sup>.

Ce système a également été écarté en droit suisse. On en trouve cependant un exemple à l'article 60 al. 3 LCR. Cette disposition vise le cas du responsable aquilien en concours avec des détenteurs de véhicules automobiles, lors d'un accident de la circulation ; elle prévoit que le responsable aquilien ne sera tenu à l'égard du lésé que pour sa part, fixée en fonction de toutes les circonstances<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Art. 426 et ss CC. Tuor, *op. cit.*, p. 294/5 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 689/90 ; Des Gouttes in JT 1944, p. 109 et ss ; RO 52 II 319 : Schächtelin c/ Vicarino ; RO 59 II 109 = JT 1933, p. 464 : Würsten c/ Zingre et von Grünigen ; RO 61 II 12 = JT 1935, p. 458 : Spiess c/ Bachmann ; RO 68 II 360 = JT 1943, p. 354 : Künz c/ Moser ; RO 81 II 100 = JT 1956, p. 3 : Bünter-Tresch et Tresch c/ Frei. Le même régime s'applique aux autorités d'état civil (art. 42 CC) et du registre du commerce (art. 928 CO).

<sup>20</sup> Schazmann, *op. cit.*, p. 40.

<sup>21</sup> Von Büren, *op. cit.*, p. 66.

<sup>22</sup> Otfinger, *op. cit.*, II/2, p. 662-4.

d) *Le principe de la solidarité.*

Partant de l'idée que la pluralité de responsables est une circonstance qui doit avantager le lésé, ou à tout le moins ne pas le désavantager, on peut concevoir un système qui permette à la victime de rechercher le coresponsable de son choix. Il se trouve ainsi dans la même situation que si n'importe lequel des coresponsables était seul tenu. De cette manière, la pluralité des obligés n'est une cause d'exonération ou d'atténuation pour aucun des coresponsables, et les droits du lésé à l'égard de chacun demeurent intacts.

Il faut cependant se garder de tomber dans un système de cumul dont nous avons vu les défauts. C'est pour éviter cet écueil qu'a été conçu le mécanisme de l'effet extinctif général : ce que l'un des coresponsables paye au lésé libère les autres d'autant. On se trouve face à des obligations d'exécution alternative : ce que l'un verse exclut la prestation des autres à due concurrence<sup>23</sup>. L'article 88 LCR, dans un cas particulier, modifie le fonctionnement du mécanisme<sup>24</sup>. Il est en tout

---

<sup>23</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, Art. 143-50, Vorbemerkung, note 1. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 295/6 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55-7 ; Brühlmann, *op. cit.*, p. 33 et ss. ; Schazmann, *op. cit.*, p. 39/40 ; Jansen, *op. cit.*, p. 64-6. Cet auteur a analysé soigneusement la notion de responsabilité de chacun pour le tout ; il la considère comme une application de la théorie de la causalité adéquate. Engel, *op. cit.*, p. 377 fait le même rapprochement et pense que la notion de solidarité est surajoutée à la théorie de la causalité adéquate. Selon la doctrine citée, chaque denier versé au lésé par l'un des responsables solidaires éteint d'autant la dette des autres (art. 147 al. 1 CO). Lorsque les codébiteurs ne sont pas tenus à un même montant, et que celui qui a la dette la plus élevée effectue un versement, on peut penser, en s'inspirant des articles 85 al. 2 et 87 al. 3 CO, que son versement éteint d'abord la portion non solidaire de sa dette, de telle sorte que l'effet extinctif général ne commencera à se produire que lorsqu'il aura éteint la différence entre sa dette et celle du coresponsable tenu à une moindre prestation.

<sup>24</sup> Oftinger, *op. cit.*, II/2, p. 840 ; Stark in RDS 1967, p. 92 ; RO 96 II 335 = JT 1971, p. 278 : Genillard c/ CFF et Via.

Le principe de l'effet extinctif général implique que chaque denier versé par l'un des coresponsables éteint d'autant la dette des autres à l'égard du lésé (art. 147 al. 1 CO). La question du partage interne et des recours s'ouvre alors jusqu'à concurrence des montants versés au lésé.

L'article 88 LCR, dont l'arrêt Genillard a étendu le champ d'application, modifie ce mécanisme comme nous allons le voir. Il sied de relever préalablement que la règle de l'article 88 LCR est complexe et que son examen ne ressortit pas à notre étude, de sorte que nous nous contenterons d'indications sommaires.

L'article 88 LCR exclut le recours de l'assureur contre un coresponsable dans la mesure où le lésé n'a pas obtenu complète réparation du dommage. L'idée est d'assurer au lésé une pleine réparation, par priorité sur les droits de recours. Si l'assureur ne peut pas recourir, cela signifie que le lésé peut s'adresser au coresponsable contre lequel le recours est impossible, pour lui réclamer réparation, nonobstant le fait que l'assureur a payé une certaine

cas certain que le principe indemnitaire doit être respecté, de sorte que le lésé ne saurait en aucun cas obtenir davantage que la réparation totale de son dommage (hormis le cas déjà cité de l'assurance des personnes, art. 96 LCA).

Le lésé a ainsi la faculté de ne rechercher qu'un seul des coresponsables pour la totalité de sa créance à son endroit, il peut aussi rechercher plusieurs responsables ou tous les responsables conjointement et solidairement. Il peut diviser sa créance entre les débiteurs, ou rechercher chacun pour la totalité de sa créance, simultanément ou successivement. Toutes les obligations externes s'éteignent au moment où le lésé

---

somme et que la dette de tous les coresponsables devrait être éteinte d'autant. En dernière analyse, le système de l'article 88 LCR revient à dire que l'effet extinctif général du paiement effectué par l'assureur ne commence à se produire qu'au moment où le lésé est sûr d'obtenir complète réparation.

Il y a lieu de donner un exemple pour illustrer le système :

Supposons un dommage de 100 ; A est tenu envers le lésé à 80 et B à 60. Selon le principe de l'effet extinctif général, si B paye 10, la dette de A à l'égard du lésé tombe à 70 et celle de B à 50. Selon la règle de l'article 88 LCR, le paiement de B fait baisser la dette de celui-ci à 50, *mais la dette de A demeure inchangée* (80). Il n'y a donc point d'effet extinctif général. En effet, la prestation complète de B (60) libérerait A dans une mesure telle qu'il ne serait plus tenu qu'à 20 (80-60) ; l'addition des deux prestations ne suffirait pas pour couvrir le dommage total (60 + 20 ≠ 100). C'est précisément ce que l'article 88 LCR veut éviter. Ce n'est que lorsque B aura payé 20 que la prestation complète de A (80) suffira à couvrir tout le dommage (100). Tant que B n'a pas versé 20, A n'est pas libéré par les versements de B. En revanche, si B paye 30, il y aura effet extinctif général pour la somme qui dépasse 20, soit 10. A ce moment-là, la prestation effectuée par B (30) additionnée à l'obligation de A (80) représente plus que le dommage total (100), de sorte que l'obligation de A à l'égard du lésé peut être réduite de 10 du fait du versement de B. L'effet extinctif général est donc supprimé aussi longtemps que le lésé n'est pas certain d'obtenir complète réparation.

Il ne s'agit pas à proprement parler d'une application du principe « nemo subrogat contra se », parce que la règle de l'article 88 s'applique aussi bien à la subrogation qu'au droit propre de recours.

Avec le système de l'effet extinctif général, le lésé ne peut obtenir davantage que la somme à laquelle est tenu le responsable dont l'obligation est la plus élevée (80 dans notre exemple). Nul n'étant tenu à plus de 80, dès que le lésé a reçu 80, peu importe que ce soit par le versement de A ou par un versement partiel des deux responsables, tous les deux codébiteurs sont libérés, puisque chaque denier versé par l'un d'eux libère d'autant tous les coresponsables. Le système de l'article 88 permet en revanche au lésé d'obtenir la plus complète réparation possible, en ajoutant les prestations dues par chacun jusqu'à complète satisfaction. On parvient ainsi à annihiler les effets des facteurs de réduction pour le lésé, ce qui, du moins lorsqu'il s'agit de la faute concomitante, est assez choquant.

Le système de l'article 88 n'a qu'une portée externe. Sur le plan des rapports entre coresponsables, on doit procéder à la répartition de tout ce qui a été versé au lésé ; nul ne pourra être tenu à davantage que sa dette externe.

a reçu la réparation la plus étendue à laquelle il avait droit à l'égard de l'un des coresponsables<sup>25</sup>.

Il serait cependant arbitraire que le bon plaisir du lésé détermine quel coresponsable doit supporter définitivement telle part de la réparation. Le choix fait par la victime obéit à des impératifs de commodité qui n'ont rien à voir avec l'équité<sup>26</sup>. On a admis que le coresponsable qui a désintéressé le lésé peut, suivant les cas, disposer d'un droit de recours contre les autres coresponsables à l'effet d'obtenir une répartition sur le plan interne du fardeau de la réparation dans la mesure où il est commun aux responsables concernés. Cette opération obéit à des règles qui lui sont propres ; il s'agit de pondérer les facteurs de responsabilité en concours, en se fondant sur l'équité et la ratio des normes concurrentes. Nous ne considérerons pas plus avant cet aspect de la solidarité qui constitue un problème pour soi<sup>27</sup>.

C'est ce mécanisme de la responsabilité de chacun sans égard à celle des autres, avec effet extinctif général et droit de recours sur le plan interne, qui a été retenu en droit suisse et que nous désignerons du terme de « solidarité au sens large ».

Le législateur n'a pas réglé le problème de la *pluralité de responsables* en général. On trouve des dispositions sur la pluralité de *débiteurs* aux articles 143 à 149 CO. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure ces principes généraux sont applicables au domaine spécifique de la pluralité de responsables<sup>28</sup>. Il s'agit là d'un problème que nous aurons l'occasion d'examiner plus avant.

Dans les dispositions du CO consacrées à la responsabilité civile, on trouve deux règles, pour des cas particuliers, qui ne concernent que les *rapports internes* des coresponsables.

---

<sup>25</sup> Art. 144, al. 2 CO. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 304 ; Engel, *op. cit.*, p. 377 et 561, 563 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 51, note 1 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 40 et 61/2 ; RO 97 II 339 : Bürren c/ Schärer et Flückiger.

<sup>26</sup> Hartmann, *op. cit.*, p. 33/4.

<sup>27</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, note 1 ; ad art. 148, note 7 ; ad art. 51, note 6 ; Becker, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, note 5 ; ad art. 148, note 3 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 306 et 313 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 54 ; Engel, *op. cit.*, p. 380-3 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 677 ; von Büren, *op. cit.*, p. 93 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 33/4 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 58 ; RO 45 II 645 = JT 1920, p. 264 : Emmmenthalische Mobiliarversich. c/ Bernische Krafwerke ; RO 63 II 151 = JT 1937, p. 522 : Stadtgemeinde Zürich c/ Unfallversicherungsverband Schweiz. Metzgermeister ; RO 89 II 118 = JT 1964, p. 424 : Delavy c/ Bonjean.

<sup>28</sup> Nous verrons que ces règles sont conçues dans l'idée de la solidarité stipulée. Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 8.

Il faut signaler tout d'abord l'article 50 al. 2 CO, qui pose une règle en matière de recours si générale qu'il est permis de penser qu'il s'agit d'un principe dans le domaine de la responsabilité plurale, mais qui a été formulé à l'occasion d'un cas particulier, celui de la solidarité fondée sur la communauté des fautes. On trouve une disposition spéciale à l'article 51 al. 2 CO pour le cas où les divers responsables sont tenus à raison de causes différentes<sup>29</sup>. Quant à l'article 60 al. 2 LCR, il a un champ d'application plus restreint.

Lorsque nous aborderons le cœur de notre problème, nous ne devons pas oublier que le but de la solidarité au sens large est d'empêcher que la pluralité de responsables affecte la situation de chacun. Le lésé ne doit être ni mieux ni moins bien traité que si chaque coresponsable était seul tenu en face de lui.

### B) *Le problème du point de vue historique.*

La solidarité au sens large est un héritage du droit romain.

Avant d'examiner si notre droit positif fait une distinction entre les cas de solidarité, il paraît intéressant de rechercher si le droit romain, qui est l'inspirateur de notre droit en cette matière, fait une telle distinction. Nous nous contenterons d'indiquer sommairement le système établi par cet ordre juridique, en nous fondant sur l'ouvrage de Kaser<sup>30</sup>.

#### a) *Le cumul des prestations.*

Le système du cumul a été retenu par les Romains dans le domaine des délits civils. La victime pouvait réclamer à chaque participant une « poena », en cumulant les prestations reçues<sup>31</sup>. Il convient de préciser que la « poena » n'avait pas pour but de réparer le dommage causé, mais de racheter l'auteur qui était exposé à la vengeance du lésé. Les vertus pénales attachées à cette prestation expliquent que chaque participant soit tenu de payer l'amende à la victime, sans égard à l'amende versée par les autres.

#### b) *La répartition de la prestation.*

Lorsque plusieurs personnes s'engageaient à effectuer la même prestation, les Romains considéraient si la prestation était divisible ou non. Si la prestation était divisible, on procédait, sauf convention contraire,

---

<sup>29</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 51, note 2 ; Engel, *op. cit.*, p. 376/7.

<sup>30</sup> Kaser, ouvrage cité dans la bibliographie.

<sup>31</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 656.

à un partage par têtes. Chaque débiteur avait une obligation distincte à l'égard du créancier, fixée par division de la créance<sup>32</sup>. Ce système s'appliquait même si la pluralité d'obligés ne se constituait que postérieurement à la naissance de l'obligation (c'est le cas des cohéritiers en ce qui concerne les dettes du decujus)<sup>33</sup>.

c) *La solidarité.*

Pour que le créancier puisse réclamer à chaque débiteur la totalité de la prestation, étant entendu que l'exécution par l'un d'eux libère les autres à due concurrence, il fallait en principe recourir à un acte formaliste : la stipulation<sup>34</sup>. Le créancier et les codébiteurs échangeaient des formules solennelles. La solidarité existait également, indépendamment de toute stipulation, dans certains cas déterminés<sup>35</sup>. C'est ainsi que les cotuteurs, ou les participants à un vol dans le cadre de la *condictio ex causa furtiva* étaient tenus solidairement de réparer le dommage causé<sup>36</sup>. Les propriétaires en main commune d'un esclave répondaient solidairement des actes de celui-ci<sup>37</sup>. Le mécanisme de la solidarité s'appliquait également lorsque plusieurs personnes s'étaient engagées à effectuer une même prestation indivisible<sup>38</sup>.

L'exécution de la prestation par l'un des codébiteurs solidaires libérait tous les autres. La *novatio*, l'impossibilité absolue d'exécuter et l'acceptilatio avaient également un effet extinctif général<sup>39</sup>. Le serment prêté par l'un des débiteurs solidaires était opposable à tous les autres<sup>40</sup>. A l'époque classique, la *litiscontestatio* à l'égard de l'un des débiteurs libérait tous les autres<sup>41</sup>.

En revanche, la *confusio*, la *capitis deminutio*, la mise en demeure, l'impossibilité relative d'exécuter et, en principe, le *pactum de non petendo* n'avaient qu'un effet relatif<sup>42</sup>.

---

<sup>32</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 655.

<sup>33</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 655/6.

<sup>34</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 656/7.

<sup>35</sup> Il semble aussi que certains contrats aient impliqué automatiquement la solidarité en cas de pluralité de débiteurs. Kaser, *op. cit.*, p. 657.

<sup>36</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 657.

<sup>37</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 657.

<sup>38</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 657.

<sup>39</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 658.

<sup>40</sup> Girard, *op. cit.*, p. 743 ; Cuq, *op. cit.*, p. 375. On retrouve le même effet général pour le serment prêté par l'un des débiteurs parfaitement solidaires en procédure genevoise (art. 201, al. 2 de la loi genevoise de procédure civile).

<sup>41</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 658.

<sup>42</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 658.

Le droit romain ne traitait pas du problème des recours d'une manière systématique. Il semble qu'il n'ait pas estimé que ce problème était le corollaire de la solidarité à l'égard du créancier<sup>43</sup>. La solution dépendait essentiellement des rapports contractuels qui pouvaient exister entre les codébiteurs. Il était admis d'une manière générale, dans le cas des cocautions (en vertu d'une loi spéciale), des cohéritiers et des membres d'une société, que le codébiteur qui avait désintéressé le créancier pouvait recourir contre les autres afin d'obtenir une répartition entre débiteurs du fardeau de la prestation<sup>44</sup>. A l'époque post-classique, le cotuteur qui désintéressait le créancier pouvait exiger de celui-ci qu'il lui cède ses droits contre les autres cotuteurs, de manière à pouvoir agir contre eux afin de réaliser une répartition<sup>45</sup>.

d) *Evolution de la solidarité à Rome.*

Nous avons vu qu'à l'époque classique, la *litiscontestatio* avait un effet extinctif général. Les Romains estimaient que les diverses actions du créancier avaient toutes le même objet, de sorte que l'action dirigée contre l'un des codébiteurs consommait du même coup toutes les actions ou donnait aux autres débiteurs l'exception « de eadem re agi non potest »<sup>46</sup>. Il est cependant manifeste que cette règle constitue un inconvénient sensible pour le créancier qui perd tous ses droits s'il intente action contre un débiteur insolvable<sup>47</sup>. A l'époque classique déjà, certaines exceptions furent posées. On admettait dans plusieurs cas que les codébiteurs demeuraient tenus jusqu'à satisfaction du créancier<sup>48</sup>.

A l'époque de Justinien, la règle de l'effet extinctif général de la *litiscontestatio* fut abolie<sup>49</sup>. Il faut voir dans cette évolution la volonté de mieux protéger le créancier. On ne doit cependant pas conclure que les Romains ont évolué vers une indépendance complète des obligations solidaires. Il semble en effet que l'on ait admis parallèlement le principe de l'effet interruptif général de la prescription<sup>50</sup>, ainsi que le principe

---

<sup>43</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659.

<sup>44</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659.

<sup>45</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659.

<sup>46</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 658.

<sup>47</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 658.

<sup>48</sup> La bona fides pouvait obliger chaque débiteur à exécuter la prestation jusqu'à satisfaction du créancier, sans égard à la *litiscontestatio*. La règle de l'effet extinctif général de la *litiscontestatio* était vraisemblablement écartée dans le cadre de certains contrats déterminés, comme le dépôt. Kaser, *op. cit.*, p. 658/9.

<sup>49</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659.

<sup>50</sup> Girard, *op. cit.*, p. 744 ; Cuq, *op. cit.*, p. 378.

de l'autorité de chose jugée à l'égard de tous les codébiteurs du jugement intervenu contre l'un d'eux<sup>51</sup>.

On pense aujourd'hui que l'on a voulu modifier les textes classiques au moment de l'abolition de la règle prévoyant l'effet extinctif général de la *litiscontestatio*, pour les rendre conformes à la solution nouvelle. Cependant, les interpolations ne furent pas bien faites, et plusieurs passages des sources ne furent pas modifiés. En leur état actuel, les sources sont contradictoires, puisqu'elles mentionnent parfois l'effet extinctif général de la *litiscontestatio*, tandis qu'elles l'excluent dans les passages qui ont été modifiés à l'époque de Justinien<sup>52</sup>.

Ces contradictions ont incité les romanistes du XIX<sup>e</sup> siècle à penser que les Romains avaient connu simultanément deux institutions distinctes : la *corréalité* qui admettait l'effet extinctif général de la *litiscontestatio* et la *solidarité* qui supposait une pluralité d'obligations qui ne s'éteignaient toutes que par la satisfaction du créancier. Kaser pense cependant qu'une telle distinction est restée absolument étrangère aux concepts du droit romain<sup>53</sup>.

#### e) *La théorie dualiste des romanistes du XIX<sup>e</sup> siècle.*

Les contradictions que l'on trouve dans les sources au sujet de l'effet extinctif général de la *litiscontestatio* ont aiguillonné l'imagination des romanistes du XIX<sup>e</sup> siècle. N'ayant pas compris que les Romains n'avaient vraisemblablement connu qu'une seule solidarité qui a évolué au cours des âges, ils ont supposé qu'il fallait faire une distinction entre les cas de solidarité<sup>54</sup>.

Les grands traités du début de notre siècle reflètent cette théorie dualiste du XIX<sup>e</sup> siècle qui est intéressante parce qu'elle a influencé les droits positifs contemporains qui étaient alors en formation.

La distinction entre solidarité et corréalité a donné lieu à des controverses acharnées. La raison d'être et le critère de la distinction ne pouvaient pas être clairement dégagés, puisque l'on bâtissait sur les textes une distinction que les Romains n'ont probablement jamais conçue.

Certains adeptes de la théorie dualiste ont soutenu que le critère de distinction se fonde sur la conception même de la pluralité d'obligés :

---

<sup>51</sup> Cuq, *op. cit.*, p. 378.

<sup>52</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659.

<sup>53</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659.

<sup>54</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 678.

dans le cas de la corréalité, il n'y aurait qu'une obligation avec pluralité de titulaires, tandis qu'il y aurait pluralité d'obligations en cas de solidarité <sup>55</sup>.

En réalité, cette théorie très contestée ne conduit pas à distinguer des types de pluralités d'obligés fondamentalement différents, de manière à appeler une réglementation différente. On est parti de l'effet extinctif général de la *litiscontestatio*, que les sources rejettent parfois, pour établir un concept dogmatique propre à expliquer les contradictions rencontrées dans les textes. La faiblesse de cette construction se manifeste dans le fait qu'elle ne permet pas de savoir, sans se référer aux sources, si dans un cas d'espèce il faut admettre qu'il y a unité d'obligations avec pluralité de titulaires passifs ou pluralité d'obligations. La raison d'être profonde de la distinction demeurerait mystérieuse.

Pour rejeter le concept de l'obligation unique avec pluralité de titulaires passifs, certains auteurs ont voulu expliquer la règle de l'effet extinctif général de la *litiscontestatio* par le seul jeu des notions procédurales du droit romain. Ils ont affirmé que le mécanisme découlait du principe « de eadem re agi non potest » <sup>56</sup>.

Comme les Romains assimilaient étroitement le droit à une prestation avec l'action en exécution, l'exercice d'une action pour une prestation déterminée (la réparation du dommage ou la prestation promise en commun) excluait toute nouvelle action tendant à la même prestation, de sorte que l'exercice de l'action à l'égard de l'un des codébiteurs consommait du même coup la créance elle-même à l'égard des autres.

Il n'y avait donc pas lieu de supposer l'existence d'une obligation unique, ce d'autant plus que les sources montrent que les Romains n'ont pas vu dans la règle de l'effet extinctif général de la *litiscontestatio* un objet de controverses et l'origine d'une construction spéciale. On en vint par conséquent à dire que l'unité de l'obligation avait été inventée à l'époque moderne, pour masquer l'incompréhension de la procédure romaine qui seule expliquait l'effet extinctif général de la *litiscontestatio* <sup>57</sup>. Il n'empêche que l'on ne saisissait toujours pas pourquoi ce phénomène ne se produisait que dans certains cas.

---

<sup>55</sup> Cette idée, très controversée, était déjà rejetée au début de notre siècle. Girard, *op. cit.*, p. 746 ; Cuq, *op. cit.*, p. 379.

<sup>56</sup> Girard, *op. cit.*, p. 741 ; Kaser, *op. cit.*, p. 658 montre le défaut de cette critique, puisque le principe « de eadem re agi non potest » ne peut pas trouver application lorsque l'on se trouve en présence d'obligations distinctes.

<sup>57</sup> Girard, *op. cit.*, p. 741.

A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, on constate que l'idée d'une obligation unique avec pluralité de titulaires en cas de corréalité est définitivement abandonnée. Cependant, la question demeurerait de savoir comment expliquer la distinction que les Romains étaient supposés avoir faite.

Certains adeptes de la théorie dualiste ont affirmé que le critère de distinction réside dans la source de la pluralité d'obligés<sup>58</sup>. Il y a corréalité lorsqu'il y a eu stipulation, c'est-à-dire lorsque le créancier et les codébiteurs ont volontairement écarté le principe de la division par têtes. On se trouve donc dans le domaine contractuel ; le caractère volontaire de la corréalité implique des rapports étroits entre les codébiteurs, ce qui pourrait expliquer la règle de l'effet extinctif général de la *litiscontestatio*.

En revanche, il y a solidarité lorsque la division a été exclue par la loi<sup>59</sup>. Il n'y a alors pas nécessairement de rapports entre les codébiteurs, de sorte que cette institution convient surtout au domaine de la responsabilité civile. Dans ce cadre, il est logique d'admettre que chaque coupable doit réparer tout le dommage, parce que la présence des autres ne réduit pas ses torts ; en revanche, lorsque le dommage est *réellement* réparé, toutes les obligations à l'égard du lésé s'éteignent, parce qu'il n'y a plus de préjudice à réparer<sup>60</sup>. Dans un tel système, seule la satisfaction du créancier peut avoir effet extinctif général, ce qui donne une explication à la règle qui écarte l'effet extinctif général de la *litiscontestatio*<sup>61</sup>.

Cette théorie est cependant prise en défaut par le fait que l'on trouve, dans les sources, des cas de corréalité instituée par la loi<sup>62</sup>. Il arrive en effet, selon les textes, que la *litiscontestatio* éteigne toutes les dettes dans des cas où la division a été exclue par la loi.

Aucune de ces deux théories n'a été pleinement convaincante, de sorte que les romanistes modernes, revenant à l'examen des sources, ont abandonné le principe du dualisme<sup>63</sup>.

C'est ainsi que Kaser pense que l'effet extinctif général de la *litiscontestatio* a été aboli à l'époque de Justinien, mais que les interpo-

---

<sup>58</sup> Girard, *op. cit.*, p. 746-8 ; Cuq, *op. cit.*, p. 378.

<sup>59</sup> Girard, *op. cit.*, p. 746-8 ; Cuq, *op. cit.*, p. 378.

<sup>60</sup> Girard, *op. cit.*, p. 747.

<sup>61</sup> Girard, *op. cit.*, p. 746, 748 ; Cuq, *op. cit.*, p. 379.

<sup>62</sup> C'est le cas par exemple pour les *coarmateurs*, selon un texte que les Romains ont probablement omis d'interpoler. Girard, *op. cit.*, p. 742 ; Cuq, *op. cit.*, p. 376.

<sup>63</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 365 ; Oftinger, *op. cit.*, p. 296-8.

lateurs, chargés de corriger les textes anciens, ont laissé subsister intacts certains passages par erreur, de sorte que les sources contiennent des contradictions<sup>64</sup>. Les Romains n'auraient donc connu qu'une solidarité unique, qui a évolué au cours des âges.

f) *Evolution des droits modernes.*

Les droits modernes ont subi l'influence de la théorie dualiste. Lorsqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, on a définitivement abandonné l'idée d'une obligation unique avec pluralité de titulaires passifs en cas de corréalité, la doctrine moderne s'est efforcée de maintenir une distinction entre les cas de solidarité, en lui donnant un contenu nouveau.

Diverses théories ont été avancées, même en dehors de toute référence au droit romain, pour justifier une distinction fondamentale entre les cas de pluralité d'obligés.

On reconnaît à Eisele la paternité d'une distinction nouvelle, appelée généralement distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, qui a eu une très grande influence sur les droits modernes, notamment en Suisse et en France<sup>65</sup>. Le système tend à reconnaître une inter-influence particulière entre les obligations dans le seul cas de la solidarité parfaite. Le degré de cette interinfluence est controversé, de même que le critère de distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite. L'idée d'une communauté des « causes » en cas de solidarité parfaite s'est révélée floue.

Certains auteurs ont affirmé que, bien qu'il y ait pluralité d'obligations dans tous les cas, on ne trouve qu'une seule « Schuld » (mais plusieurs « Haftungen ») dans le cas de la solidarité parfaite, par opposition à la solidarité qualifiée d'imparfaite<sup>66</sup>. D'autres ont parlé d'une prestation unique en cas de solidarité parfaite<sup>67</sup>, ou encore d'un fondement juridique commun lorsqu'il y a des obligations parfaitement

---

<sup>64</sup> Kaser, *op. cit.*, p. 659 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 678.

<sup>65</sup> Eisele, *op. cit.*, p. 478 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 82 et ss, et ses nombreuses références.

<sup>66</sup> Von Brinz, *op. cit.*, p. 11-40 ; Kuhlenbeck, *op. cit.*, p. 3 et ss ; Schmitz, *op. cit.*, p. 11/2 ; Brühlmann, *op. cit.*, p. 57 ; Jansen, *op. cit.*, p. 34/5.

<sup>67</sup> Binder, *op. cit.*, p. 38 et ss ; Brühlmann, *op. cit.*, p. 59 et ss ; Jansen, *op. cit.*, p. 35-8.

<sup>68</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, art. 143-150, Vorbemerkung, note 8 ; Brühlmann, *op. cit.*, p. 63/4 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 97/8 ; Jansen, *op. cit.*, p. 38/9.

solidaires<sup>68</sup>. Enfin, d'aucuns ont vu dans une communauté subjective de but le trait caractéristique de la solidarité parfaite<sup>69</sup>.

L'éclosion de ces multiples théories explique, compte tenu du fait que les romanistes avaient rendu le dualisme familier à tous les juristes, que les droits positifs d'alors n'aient pas adopté un système unique pour la pluralité d'obligés, alors même que la distinction entre obligation unique à pluralité de titulaires et pluralité d'obligations était battue en brèche<sup>70</sup>. On relèvera cependant qu'aucune de ces théories n'a rencontré un assentiment unanime. En conclusion, il faut constater qu'il n'a pas été possible de donner un contour précis à la distinction, de manière à justifier sa raison d'être<sup>71</sup>.

Il paraît intéressant d'examiner maintenant très brièvement l'attitude adoptée en cette matière par les principaux droits actuels. Nous nous limiterons aux deux droits qui influencent tout particulièrement la pensée juridique suisse : le droit français d'une part, le droit allemand d'autre part.

### C) *Le problème en droit comparé.*

#### a) *En droit français.*

Selon l'article 1202 CCfr : « la solidarité ne se présume point ». Lorsque plusieurs personnes s'engagent conjointement, le créancier doit en principe diviser sa créance par têtes entre les codébiteurs. La loi ou une stipulation des parties peut cependant instituer la solidarité<sup>72</sup>.

En pareil cas, chaque codébiteur est tenu pour le tout à l'égard du créancier, mais le désintéressement de celui-ci a effet extinctif général (art. 1200 CCfr).

---

<sup>69</sup> Klingmüller, *op. cit.*, p. 62 et ss ; Stücki, *op. cit.*, p. 22 et ss ; Enneccerus-Lehmann, *op. cit.*, p. 350/1 ; Jansen, *op. cit.*, p. 39-42.

<sup>70</sup> Pour se distancer de l'idée (rejetée) d'une obligation unique avec pluralité de titulaires passifs, on s'est efforcé d'abandonner la terminologie des romanistes du XIX<sup>e</sup> siècle. On ne parle plus de solidarité et de corréalité, mais de solidarité parfaite et de solidarité imparfaite. Cependant, le dualisme est maintenu et sa raison d'être demeure incertaine.

<sup>71</sup> Ces diverses théories ont été étudiées dans un esprit critique par plusieurs thèses, notamment : Brühlmann, *op. cit.*, p. 53 et ss ; Jansen, *op. cit.*, p. 34 et ss.

<sup>72</sup> Le droit commercial présume en revanche la solidarité. La solidarité peut également découler de la nature d'un contrat. On trouve un exemple de solidarité ex lege à l'art. 55 CPfr pour les coauteurs d'une infraction. Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n<sup>os</sup> 1056-8, p. 937/8 ; Mazeaud-Tunc, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 1940/1, p. 1054 et ss ; Demogue, *op. cit.*, p. 479 ; Savatier, *op. cit.*, p. 54/5 ; Carbonnier, *op. cit.*, p. 492. La portée de l'art. 1202 CCfr est cependant limitée au domaine contractuel : Demogue, *op. cit.*, p. 473.

Les effets de la solidarité du droit français sont les suivants :

1. *Effets principaux* :

— chaque codébiteur peut être recherché pour le tout, au gré du créancier <sup>73</sup> ;

— le désintéressement du créancier libère tous les codébiteurs <sup>74</sup>.

2. *Effets accessoires* :

— la mise en demeure de l'un des codébiteurs vaut automatiquement mise en demeure de tous les codébiteurs (sauf pour fonder des dommages-intérêts pour le préjudice excédant l'intérêt moratoire) <sup>75</sup> ;

— l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des codébiteurs vaut interruption automatique de la prescription à l'égard de tous les codébiteurs <sup>76</sup> ;

— le jugement rendu contre l'un des codébiteurs a autorité de chose jugée à l'égard de tous les codébiteurs <sup>77</sup> ;

— la cession de créance notifiée à l'un des codébiteurs est opposable à tous <sup>78</sup>.

Hormis les principes qui viennent d'être évoqués, chaque obligation solidaire doit être considérée comme une obligation indépendante. Le fait d'un codébiteur ne peut aggraver la situation des autres <sup>79</sup>. Chacun est en droit d'invoquer les exceptions communes et les exceptions qui lui sont propres ; les modalités et l'étendue de la prestation due peuvent varier d'une obligation à l'autre <sup>80</sup>.

Les effets accessoires de la solidarité s'expliquent par une théorie propre au droit français, qui n'est pas héritée du droit romain : la théorie

---

<sup>73</sup> Art. 1203 CCfr. ; Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1063, p. 940/1 ; Savatier, *op. cit.*, p. 52.

<sup>74</sup> Art. 1200 CCfr. ; Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1063, p. 940/1 ; Savatier, *op. cit.*, p. 52.

<sup>75</sup> Art. 1205 et 1207 CCfr.

<sup>76</sup> Art. 1206 CCfr.

<sup>77</sup> C'est une création jurisprudentielle. Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1063, p. 941.

<sup>78</sup> Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1063, p. 942.

<sup>79</sup> C'est une création jurisprudentielle. Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1064, p. 942.

<sup>80</sup> Art. 1201 et 1208 CCfr. ; Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1065, p. 942/3.

de la représentation. Selon cette conception, chaque débiteur solidaire s'engage de manière à représenter tous les codébiteurs solidaires. Une disposition légale peut suppléer la volonté de représenter les autres <sup>81</sup>.

Le débiteur solidaire qui a désintéressé le créancier peut disposer d'un droit de recours contre les autres, qui se double d'une subrogation dans la mesure du droit de recours ; les débiteurs récursoires ne sont pas solidaires face au créancier récursoire <sup>82</sup>.

L'idée d'une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite fondée sur la notion d'obligation unique avec pluralité de titulaires passifs est rejetée. Il y a toujours pluralité de liens juridiques, avec unité dans l'objet de la prestation <sup>83</sup>.

En revanche, le droit français connaît une distinction entre *obligation solidaire* et *obligation in solidum* <sup>84</sup>.

Lorsque la solidarité n'a été ni stipulée, ni instituée par la loi, mais que plusieurs obligations ont le même objet, il y a obligation in solidum. Cette institution a été introduite tout d'abord par la jurisprudence, dans le cas de la faute commune sans infraction pénale <sup>85</sup>. La loi elle-même a ensuite prévu des cas d'obligation in solidum <sup>86</sup>. On admet qu'il y a en principe obligation in solidum dans tous les cas de responsabilité extracontractuelle, ou de coresponsabilité fondée sur des contrats différents ou des causes différentes <sup>87</sup>. Ce qui est déterminant, c'est le fait que les obligations ont le même objet, de sorte que le créancier, après avoir reçu la prestation de l'un des codébiteurs, n'a plus d'intérêt pour agir contre les autres <sup>88</sup>.

---

<sup>81</sup> Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1061/2, p. 938-940.

<sup>82</sup> Art. 1213 et 1214 CCfr. Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1067/8, p. 944/5 ; Mazeaud/Tunc, *op. cit.*, n° 1971 et ss, p. 1110 et ss ; Demogue, *op. cit.*, p. 492 et ss ; Savatier, *op. cit.*, p. 58/9.

<sup>83</sup> Mazeaud, *op. cit.*, II, 1 n° 1061, p. 938/9 ; Starck, *op. cit.*, n° 2417-2422, p. 729-731.

<sup>84</sup> Dans le cas de l'obligation in solidum, la responsabilité de chacun pour le tout résulte exclusivement de la théorie de la causalité. Demogue pense que la solidarité devrait, avec le temps, l'emporter sur la construction logique du concours d'actions, en raison d'un besoin social d'avantager la victime grâce aux effets accessoires de la solidarité. Demogue, *op. cit.*, p. 489.

<sup>85</sup> L'art. 55 CPfr n'institue la solidarité que pour les coauteurs d'une infraction. Mazeaud, *op. cit.*, II, 1 n° 1071, p. 946/7 et n° 1058, p. 938.

<sup>86</sup> Notamment dans le cas de l'obligation alimentaire. Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1071, p. 946/7.

<sup>87</sup> Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1056, p. 937 ; Mazeaud-Tunc, *op. cit.*, n° 1944, p. 1060 ss et n° 1961, p. 1092 ss ; Savatier, *op. cit.*, p. 53 ; Carbonnier, *op. cit.*, p. 498 ; Starck, *op. cit.*, n° 2417-2422, p. 729-731.

<sup>88</sup> Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1070, p. 945/6.

L'obligation in solidum produit tous les effets principaux de l'obligation solidaire, mais aucun de ses effets accessoires<sup>89</sup>. Cette différence résulte du fait qu'il n'y a alors aucune volonté de chaque codébiteur de représenter les autres. Les obligations in solidum sont donc totalement indépendantes, hormis l'effet extinctif général<sup>90</sup>. Le droit de recours, doublé d'une subrogation, dépend de critères qui lui sont propres<sup>91</sup>. On parle parfois d'une apparence de solidarité dans le cas de l'obligation in solidum<sup>92</sup>.

La question s'est toutefois posée de savoir si la créance ne devait pas être déterminée en fonction du rôle causal joué par le facteur dont chacun répond, de manière à supprimer la responsabilité de chacun pour le tout, face au créancier, dans les cas d'obligation in solidum. Après quelques hésitations jurisprudentielles, et essentiellement pour avantager le lésé, cette idée a été abandonnée<sup>93</sup>.

#### b) *En droit allemand.*

Lorsque plusieurs personnes sont tenues à la même prestation, la créance se divise normalement par têtes (§ 420 BGB). Dans certains cas, le créancier ne peut réclamer l'exécution qu'à tous les codébiteurs, qui sont censés fournir la prestation tous ensemble ; c'est essentiellement le cas des propriétaires en main commune<sup>94</sup>.

Lorsque la loi ou la volonté des parties le prévoit, il y a solidarité (Gesamtschuld). Le § 427 BGB admet la solidarité entre débiteurs contractuels, sauf stipulation contraire<sup>95</sup>. Cette règle a pour effet de donner à la solidarité une portée très générale, de sorte que son importance pratique dépasse largement celle de la division qui est pourtant le principe général.

La loi institue la solidarité entre ceux qui sont responsables ensemble d'un même acte illicite (§ 840 al. 1 BGB). Cette construction repose sur l'idée que chacun répond de tout le dommage qu'il a causé<sup>96</sup>. Il y a également solidarité ex lege entre les cocautions, les cohéritiers (§ 2058

---

<sup>89</sup> Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1072, p. 949 ; Mazeaud-Tunc, *op. cit.*, n° 1960, p. 1090 et ss ; Demogue, *op. cit.*, p. 489.

<sup>90</sup> Starck, *op. cit.*, n°s 2417-2422, p. 729-731 ; Demogue, *op. cit.*, p. 489.

<sup>91</sup> Mazeaud, *op. cit.*, II, 1, n° 1072, p. 949 ; Mazeaud-Tunc, *op. cit.*, n°s 1971 et ss, p. 1110 et ss.

<sup>92</sup> Starck, *op. cit.*, n°s 2417-2422, p. 729-731.

<sup>93</sup> Starck, *op. cit.*, n°s 779 et ss, p. 279 et ss.

<sup>94</sup> Enneccerus/Lehmann, *op. cit.*, p. 365/6 et 368 et ss ; Larenz, *op. cit.*, p. 431/2.

<sup>95</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 430 ; Esser, *op. cit.*, p. 432/3.

<sup>96</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 431.

BGB), ou encore en cas de dette indivisible (§ 431 BGB), de reprise de dette ex lege etc.<sup>97</sup>

La solidarité implique la responsabilité de chacun pour le tout à l'égard du créancier, mais celui-ci ne peut obtenir satisfaction qu'une seule fois (§ 421 et 422 al. 1 BGB)<sup>98</sup>.

Le droit allemand applique le principe de l'indépendance des obligations solidaires. C'est ainsi que l'exercice d'un droit formateur, la mise en demeure, l'interruption de la prescription, l'autorité de chose jugée n'ont qu'un effet relatif, c'est-à-dire que ces actes n'ont effet qu'à l'égard du rapport juridique qu'ils ont touché d'une manière directe (§ 425 BGB)<sup>99</sup>.

En revanche, l'exécution a un effet extinctif général. Ceci s'applique aussi à la consignation en cas de demeure du créancier et à la remise de dette à l'égard d'un des codébiteurs (§ 422 al. 1 phr. 1 et § 423 BGB)<sup>100</sup>.

Dès la naissance de la dette principale, chaque codébiteur est tenu à la dette récursoire éventuelle, qui existe alors à l'état de virtualité<sup>101</sup>. L'obligation récursoire est un rapport juridique fondé sur la loi, qui tend à répartir équitablement la dette entre les codébiteurs. La créance récursoire est un droit propre qui se double d'une subrogation dans les droits du créancier principal, pour toute la mesure du droit de recours<sup>102</sup>.

La solidarité peut aussi exister en dehors de toute stipulation ou disposition légale, lorsque plusieurs obligations tendent à satisfaire le même intérêt du créancier<sup>103</sup>. L'élément caractéristique de la solidarité allemande, c'est l'idée de l'identité de l'intérêt à satisfaire, de sorte que l'exécution consume l'intérêt et entraîne ainsi l'extinction de toutes les obligations à due concurrence<sup>104</sup>. Chaque codébiteur, dans toute la mesure de son obligation propre, doit être prêt à suppléer les autres à l'égard du créancier<sup>105</sup>. En revanche, l'identité des causes n'est pas exigée, de sorte qu'il y a également solidarité entre des responsables aquiliens, contractuels ou légaux, tenus à raison d'un même dommage<sup>106</sup>.

---

<sup>97</sup> Ennecerus/Lehmann, *op. cit.*, p. 366/7 ; Larenz, *op. cit.*, p. 431.

<sup>98</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 430.

<sup>99</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 438.

<sup>100</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 437.

<sup>101</sup> Esser, *op. cit.*, p. 439 et ss ; Larenz, *op. cit.*, p. 439-442.

<sup>102</sup> Esser, *op. cit.*, p. 443 et ss ; Larenz, *op. cit.*, p. 439-442.

<sup>103</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 436.

<sup>104</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 436.

<sup>105</sup> Larenz, *op. cit.*, p. 431.

<sup>106</sup> Même pour l'assureur tenu contractuellement de réparer le dommage. Larenz, *op. cit.*, p. 431 et 436.

Lorsque les causes sont différentes, on parle parfois de solidarité imparfaite (*unechter Gesamtschuld*)<sup>107</sup>. La doctrine proclame cependant *le principe de l'unité*. Le droit allemand ne connaît qu'une seule solidarité<sup>108</sup>. Il y a toujours pluralité d'obligations, et jamais unité d'obligation avec pluralité de titulaires passifs<sup>109</sup>. Il n'est même pas nécessaire que les dettes conjointes aient le même fondement ou la même étendue, il suffit qu'il y ait identité effective dans le but satisfaisant à l'égard du créancier<sup>110</sup>. La jurisprudence admet cependant que si les causes sont différentes, il y a solidarité imparfaite, de sorte que les règles sur l'interchangeabilité des débiteurs et la naissance automatique des droits de recours ne peuvent être appliquées que par analogie. La doctrine préfère parler en pareil cas de « solidarité apparente »<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> Esser, *op. cit.*, p. 434/5.

<sup>108</sup> Enneccerus-Lehmann, *op. cit.*, p. 365 ; Esser, *op. cit.*, p. 434/5.

<sup>109</sup> Esser, *op. cit.*, p. 434/5.

<sup>110</sup> Esser, *op. cit.*, p. 434/5.

<sup>111</sup> Il n'y a alors aucune communauté de volontés dans le but de satisfaire le créancier ; l'identité du but satisfaisant résulte de la convergence des prestations, purement fortuite.



## CHAPITRE II

# FONDEMENTS DE LA DISTINCTION

### § 1. EXISTENCE DE LA DISTINCTION.

#### A) *La distinction dans la loi.*

Le législateur suisse n'emploie pas les termes « solidarité parfaite » et « solidarité imparfaite », il ne parle que de « solidarité »<sup>112</sup>. A première vue, le droit positif suisse semble avoir consacré le principe de l'unité dans le traitement de la pluralité de responsables, puisqu'il y a unité dans la terminologie .

Comme la loi a institué expressément la solidarité dans certains cas particuliers de responsabilité plurale, on doit se demander s'il ne faut pas traiter différemment les cas pour lesquels le législateur n'a pas parlé de solidarité.

L'article 143 CO semble contenir la clé de ce problème. Selon cette disposition, « il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout. A défaut d'une semblable déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi ».

En réalité, ce texte peut s'interpréter de deux manières différentes.

On remarquera tout d'abord qu'il présuppose une situation qui relève du droit des contrats et non de la responsabilité civile. Outre la position de l'article dans la loi, on peut invoquer, pour s'en convaincre, le fait que l'on parle des « débiteurs » qui « déclarent s'obliger » « à l'égard du créancier ». Chacun sait que seule l'obligation contractuelle est fondée sur la volonté de s'obliger. Dans le domaine de la responsabilité

---

<sup>112</sup> Art. 50, 181 al. 2, 308, 403, 478, 497 al. 2, 544 al. 3, 568 al. 1, 569 al. 1, 645 al. 1, 748 ch. 3, 750 al. 1, 759 al. 1, 783 al. 2, 797 al. 2, 802 al. 1, 826 al. 4, 838 al. 2, 869 al. 2, 914 ch. 3, 918 al. 1, 1044 al. 1, 1143 ch. 12 CO. Art. 342 al. 2, 429 al. 3, 603, 639 al. 1 CC. Art. 28 b et 30 LIE, 15 LCD, 66 LNA, 60 LCR, 33 Lcond. Stucki, *op. cit.*, p. 66-70.

civile, l'obligation ne découle pas d'une manifestation de volonté. On peut donc placer l'article 143 CO sur le plan strictement contractuel.

La solidarité, au sens de l'article 143 al. 1 CO, signifie que chaque débiteur est tenu pour le tout à l'égard du créancier. Le second alinéa de l'article précise que cette solution ne se présume pas ; elle n'existe que si elle a été voulue par les débiteurs, ou si la loi l'a instituée pour un tel cas. Si aucune de ces deux hypothèses n'est réalisée, on en déduit, a contrario de l'article 143 al. 1 CO, que chaque débiteur n'est tenu que pour sa part et non pour le tout. Ainsi si deux personnes achètent ensemble un bateau, le vendeur ne peut réclamer à chacun que la moitié du prix, sauf si les acheteurs ont déclaré s'obliger solidairement. Pour certains contrats, la loi prévoit elle-même la solidarité et supplée ainsi une déclaration des débiteurs <sup>113</sup>.

La seconde interprétation possible procède d'une distorsion de l'article 143 CO. Il est évident que l'alinéa 2 est étroitement lié à l'alinéa 1 ; il précise uniquement qu'une disposition légale peut remplacer une déclaration de solidarité des débiteurs. Cependant, si l'on isole l'alinéa 2 de son contexte, et que l'on veut en faire une règle fondamentale, on en vient à dire que dans tous les domaines il n'y a solidarité que si la loi le prévoit ou s'il y a une stipulation à cet égard. On peut donner à un tel principe une portée qui s'étende aussi bien au droit des contrats qu'à la responsabilité civile. Cette interprétation présente le défaut de méconnaître la structure de l'article 143 CO. On ne doit pas oublier que l'alinéa 2 commence par les mots « à défaut d'une semblable déclaration » ; ces termes font pourtant clairement comprendre que l'on demeure dans l'hypothèse où plusieurs débiteurs s'engagent contractuellement.

Si l'on adopte cette seconde interprétation, on tire de l'article 143 CO une règle applicable au domaine de la responsabilité civile : la solidarité n'existe entre des coresponsables que si elle est prévue expressément par la loi <sup>114</sup>. Ainsi donc, si la loi institue la solidarité, le problème de la pluralité de responsables est régi par les articles 144 et ss CO. En

---

<sup>113</sup> Ce sera le cas par exemple si deux personnes constituent ensemble le même mandataire (art. 403 al. 1 CO).

<sup>114</sup> Art. 50, 759 al. 1, 748 ch. 3, 783 al. 2, 802 al. 1, 826 al. 4, 869 al. 2, 914 ch. 3, 918 al. 1 CO. Art. 429 al. 3 CC, 28 b et 30 LIE, 15 LCD, 66 LNA, 60 LCR, 33 Lcond.

On notera que les coresponsables peuvent toujours s'engager solidairement à l'égard du lésé, que ce soit avant ou après la survenance du dommage. Cette hypothèse particulière, de nature contractuelle, étant rare, nous ne l'envisagerons pas plus avant dans le cadre de la solidarité en matière de responsabilité civile.

revanche, si la loi est muette sur ce point, il ne saurait y avoir solidarité au sens des articles 143 et ss CO. Quel régime faut-il alors appliquer aux cas de pluralité de responsables pour lesquels la loi n'a pas institué la solidarité ? Un régime différent de la solidarité des articles 143 et ss CO, certes, mais lequel ? Voilà une question que la loi ne résoud pas. En se fondant a contrario sur l'alinéa 1 de l'article 143 CO, on pourrait penser à une répartition par têtes du fardeau de la réparation, mais cette disposition, qui ferait de la pluralité de responsables un inconvénient pour le lésé, a une couleur par trop contractuelle pour qu'on puisse la transposer ainsi dans le domaine de la responsabilité civile.

Si l'on rejette cette interprétation de l'article 143 CO et que l'on admet que le champ d'application de cette disposition est limité au domaine strictement contractuel, on doit rechercher ailleurs les principes qui régissent la pluralité de responsables.

Si l'on adopte la seconde interprétation de l'article 143 CO, on sait qu'il n'y a pas de solidarité dans les cas où la loi ne l'a pas prévue, mais on doit également rechercher d'autres dispositions légales pour tenter de déterminer le régime applicable en pareil cas.

On en vient donc à examiner les articles 50 et 51 CO qui sont les seules dispositions qui traitent dans la partie générale du CO de la pluralité de responsables. Ces deux articles se rattachent incontestablement à la théorie générale de la responsabilité civile.

L'article 50 CO institue la solidarité dans un cas particulier de pluralité de responsables. Il n'est pas douteux que cette solidarité doit s'entendre au sens des articles 143 et ss CO, puisque, en envisageant le problème des recours, l'article 50 CO sous-entend la responsabilité de chacun pour le tout sur le plan externe, qui est la caractéristique de la solidarité d'après l'article 143 al. 1 CO.

L'alinéa 2 de l'article 50 contient une règle qui déroge à l'article 148 al. 1 CO, en supprimant la présomption d'un partage par parts égales entre les codébiteurs au niveau des rapports internes. On ne conçoit guère que l'article 50 CO ait pour seule raison d'être d'exclure le principe de l'article 148 al. 1 CO dans un cas particulier de responsabilité plurale. Le système du partage par parts égales paraît inéquitable dans tous les cas de pluralité de responsables. L'existence d'une disposition qui institue la solidarité dans un cas déterminé permet de penser qu'il n'y a pas de solidarité dans les autres cas. La loi n'indique cependant pas le régime applicable dans les cas où plusieurs personnes sont tenues à raison du même dommage, sans que la loi n'ait prévu la solidarité en pareille circonstance.

L'article 51 CO ne traite que du problème des rapports internes, c'est-à-dire des rapports des coresponsables entre eux. Il tend à donner au juge une règle de partage, plutôt que de laisser ce problème à son entière appréciation, comme le veut l'article 50 al. 2 CO. Cette disposition ne se trouvait pas dans le Code fédéral de 1881 ; elle n'éclaire donc en principe pas la volonté du législateur des articles 50 et 143 CO. On peut même s'attendre à ce que cette disposition procède d'un esprit un peu différent et n'emploie pas la même terminologie. Il est en tout cas certain que le législateur de l'article 51 CO n'a pas parlé de solidarité. Cette remarque est extrêmement importante. A l'article 51 CO, le législateur a envisagé un cas de pluralité de responsables sans employer le terme de solidarité. Il y a là une constatation qui vient étayer l'hypothèse selon laquelle, dans le domaine de la responsabilité civile également, le régime de la solidarité ne s'applique que si la loi le prévoit. S'il devait y avoir solidarité dans tous les cas, on ne comprendrait pas très bien pourquoi l'article 51, à la différence de l'article 50, ne parle pas de solidarité. On retombe donc sur le principe de l'article 143 CO dont nous avons dit qu'il ne pouvait pas nécessairement être transposé hors du domaine contractuel. Il nous faut rechercher quel est le régime juridique applicable en cas de pluralité de responsables, lorsque la loi n'a pas envisagé le cas, ou, lorsqu'elle l'a envisagé, mais sans instituer expressément la solidarité (c'est l'article 51 CO).

L'article 51 CO, dans son premier alinéa, renvoie d'une manière générale à l'article 50 CO. Certes, il ne s'agit que d'un renvoi « par analogie », ce qui renforce l'idée selon laquelle ce cas est fondamentalement de nature différente <sup>115</sup>, mais il n'empêche que l'on reprend en principe la réglementation des rapports internes de l'article 50. S'il peut y avoir des actions récursoires dans les cas de pluralité de responsables sans solidarité, ce que tout l'article 51 atteste, il faut en déduire qu'il existe, sur le plan externe, une responsabilité de chacun pour le tout. En effet, le problème des droits de recours ne peut se poser que si l'un des coresponsables peut être astreint à payer au lésé davantage que la part qui devrait lui revenir selon les principes de la répartition du fardeau de la réparation entre les coresponsables. Si cette répartition doit s'effectuer sur le plan interne, cela signifie bien que chacun est tenu à l'égard du lésé dans toute la mesure où la créance de celui-ci est fondée à son endroit, nonobstant l'existence d'autres responsables.

---

<sup>115</sup> Stucki, *op. cit.*, p. 65 et 76 ss ; RO 69 II 168 : Dietrich c/ Clerc et Helvetia.

Comme nous avons vu que la responsabilité de chacun pour le tout est le trait caractéristique de la solidarité (cf. art. 143 al. 1 CO), on ne saisit pas quelle distinction doit être faite entre les cas où il y a solidarité et ceux où il n'y a pas de solidarité.

Dans le domaine contractuel, il y a une distinction claire et importante : si les codébiteurs n'adoptent pas la solidarité, ou si celle-ci n'est pas prévue expressément par la loi, on doit diviser la créance par têtes (ou éventuellement selon une règle de partage fixée conventionnellement). Dans le domaine de la responsabilité civile, si la loi n'institue pas la solidarité, il y a également une responsabilité de chacun pour le tout, suivie d'une répartition interne par la voie d'actions récursoires. On ne voit donc pas, à lire la loi, quelle distinction pratique il y a lieu de faire entre la solidarité et la pluralité de responsables sans solidarité.

Si l'on rapproche les articles 50 et 51 CO, on constate qu'il y a une catégorie de cas qui n'est pas envisagée, celle des coresponsables à raison d'une cause semblable, sans qu'il y ait communauté des fautes. On pourrait donc se dire que l'article 51 CO contient en réalité un troisième régime juridique qui n'est ni la solidarité, ni l'absence de solidarité.

Le système serait donc le suivant :

- a) pour les coresponsables qui ont causé ensemble un dommage, il y a solidarité au sens des article 143 et ss CO (art. 50 al. 1 CO) ;
- b) pour les coresponsables à raison d'une cause semblable (acte illécite, contrat ou loi), mais qui n'ont pas commis de fautes communes (art. 50 CO), il n'y a pas solidarité, et on doit penser à une répartition par têtes du fardeau de la réparation (art. 143 al. 1 CO) ;
- c) pour les coresponsables à raison d'une cause différente, il existe un régime spécial proche de la solidarité dont les règles sont applicables par analogie (art. 51 CO).

On ne voit cependant pas quelle raison pourrait justifier une solution complètement différente pour les cas cités sous lettre b) et ceux cités sous lettre c). La pluralité de responsables peut être tout aussi fortuite lorsque les responsabilités sont fondées sur une cause semblable que lorsqu'elles sont fondées sur une cause différente. Il n'y a que l'hypothèse indiquée sous lettre a) qui suppose une certaine coordination entre les sujets, de nature à les rapprocher de la situation de codébiteurs contractuels.

Nous avons déjà vu que le partage par têtes est difficilement concevable dans le domaine de la responsabilité civile, parce que le lésé ne doit pas pâtir d'une diminution de ses droits contre tel responsable en raison de la circonstance fortuite qu'il existe une pluralité de responsables.

D'autre part, toute la construction basée sur l'article 51 CO est beaucoup plus discutable qu'il n'y paraît à première vue. Certes, cette disposition ne parle pas de solidarité, mais cela signifie-t-il vraiment que le législateur a exclu la solidarité dans l'hypothèse de l'article 51 CO ?

Il aurait pu dire : « Lorsque plusieurs répondent solidairement en vertu... » ; il a choisi de dire simplement : « Lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu... ». Cependant lorsqu'il a envoyé à l'article 50 CO, où il y a incontestablement solidarité, il n'a pas dit non plus qu'il renvoyait aux règles de la *solidarité*. Il a manqué ainsi l'occasion de montrer qu'il y a solidarité dans un cas et non dans l'autre. En définitive, l'article 51 CO n'est pas explicite, et il ne semble pas avoir pour but d'instaurer un régime juridique à distinguer de la solidarité.

En conclusion, il faut constater que la loi donne fort peu d'éléments pour fonder une distinction dans le traitement des cas de responsabilité plurale. On peut penser qu'il n'y a pas de solidarité lorsque la loi n'adopte pas expressément ce régime, en suivant trois raisonnements différents :

- a) s'il y avait toujours solidarité en cas de pluralité de responsables, il serait absolument inutile que le législateur consacre parfois une disposition pour instituer expressément ce régime dans un cas particulier ;
- b) l'article 143 al. 2 CO contient une règle générale dont le domaine n'est pas limité aux rapports contractuels ; la solidarité n'existe donc que si elle a été stipulée par les parties ou si la loi l'institue ;
- c) l'article 51 CO évite soigneusement de parler de solidarité dans un cas particulier, et ne renvoie à la réglementation prévue pour un cas de solidarité<sup>116</sup> que « par analogie » ; on peut déduire de cette formulation qu'il n'y a en tout cas pas de solidarité dans l'hypothèse de

---

<sup>116</sup> Il faut relever que ce renvoi ne concerne que les rapports internes, c'est-à-dire les rapports entre coresponsables. Cependant, l'existence de recours sur le plan interne n'est que la conséquence logique de la responsabilité de chacun pour le tout sur le plan externe. C'est donc tout le mécanisme de la solidarité au sens large qui est repris.

l'article 51 CO, ce qui suffit à supprimer l'unité dans le traitement de la pluralité de responsables.

On peut répondre à ces arguments en disant que l'article 143 CO n'est pas applicable en dehors du domaine contractuel, ce qui ressort de sa formulation et de sa place dans la loi <sup>117</sup>. Quant à l'article 51 CO, il n'a pas d'autre but que d'ajouter une règle directrice au principe général de l'article 50 al. 2 CO sur le problème des recours. Il traite exclusivement des recours, ce qui suppose la solidarité ; son objet n'est manifestement pas d'instituer ou d'exclure la solidarité <sup>118</sup>. S'il emploie le terme « par analogie », c'est pour montrer que la règle de l'article 50 al. 2 doit avoir des conséquences différentes dans le cas de l'article 51, parce qu'il n'y a pas de fautes communes qui puissent exercer une influence les unes sur les autres au moment de fixer le partage. Il n'en demeure pas moins que l'on comprend mal, s'il n'y a pas de distinction, pourquoi le législateur consacre des dispositions pour instituer expressément la solidarité dans certains cas de pluralité de responsables.

Si l'on doit admettre qu'il existe un régime différent pour les cas où la loi n'institue pas expressément la solidarité, il faut constater que l'on ne trouve aucune trace de la réglementation de ce régime, ce qui peut faire douter de son existence. On pourrait penser à un partage externe par parts égales, en appliquant a contrario l'article 143 al. 1 CO, et en s'inspirant de l'article 148 al. 1, mais cette solution paraît avoir trop nettement une couleur contractuelle. L'article 51 CO, dans un cas où la loi ne parle pas de solidarité, exclut clairement le partage externe, puisqu'il traite du partage interne du fardeau de la réparation. Il faut donc essayer de déduire de l'article 51 CO un régime distinct de la solidarité. Comme cette disposition admet les recours internes, ce qui sous-entend tout le mécanisme de la solidarité au sens large, on doit constater d'emblée que le régime de l'article 51 CO paraît extrêmement proche de la solidarité des articles 144 et ss CO.

S'il est vrai qu'il existe des indices dans la loi qui font pressentir une distinction dans le traitement des cas de responsabilité plurale, il faut constater que le législateur ne donne pas les effets de cette distinction, puisqu'il ne traite que d'une institution : la solidarité des articles 144 et ss CO.

---

<sup>117</sup> On trouve la même interprétation pour l'article 1202 CCfr (analogue à l'article 143 CO) chez Demogue, *op. cit.*, p. 473.

<sup>118</sup> Cette interprétation est conforme aux travaux préparatoires. Stucki, *op. cit.*, p. 72-5.

B) *La distinction dans la doctrine.*

La doctrine s'est efforcée de dresser le catalogue des types de pluralité de débiteurs qui connaissent des traitements juridiques différents.

- a) En matière contractuelle, le créancier doit diviser sa créance par têtes, ou selon une règle de partage fixée conventionnellement. La solidarité n'existe que si elle est stipulée (même tacitement) ou adoptée par une norme de droit dispositif <sup>119</sup>.
- b) Dans les cas où la loi institue une communauté impliquant une propriété en main commune, le créancier doit s'en prendre à tous les membres de la communauté, qui doivent exécuter la prestation tous ensemble (la représentation demeure possible) <sup>120</sup>.
- c) Si l'exécution de l'une des dettes n'exclut pas celle des autres, le créancier peut réclamer à chacun toute sa créance et cumuler les prestations. C'est le principe général pour tous les cas où les dettes ne sont pas d'exécution alternative <sup>121</sup>.
- d) Lorsque la loi le prévoit, il peut y avoir subsidiarité entre les débiteurs, c'est-à-dire que l'un des débiteurs n'est tenu qu'à la condition qu'un autre ne puisse donner satisfaction au créancier <sup>122</sup>.
- e) Si l'objet de la prestation est indivisible, chaque débiteur ne peut fournir que toute la prestation (par exemple : livrer une chose indivisible) (art. 70 al. 2 CO) <sup>123</sup>.
- f) Lorsque les parties ont stipulé la solidarité, ou lorsque la loi l'institue <sup>124</sup>, il y a solidarité au sens des articles 144 et ss CO. Chacun est tenu pour le tout à l'égard du créancier, mais l'exécution par l'un

---

<sup>119</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, art. 143-150, note 3 ; Becker, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, art. 143-150, note 5 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 677 ; von Büren, *op. cit.*, p. 93 ; Engel, *op. cit.*, p. 556.

<sup>120</sup> Art. 215, 336 et ss, 652 CC, 551 CO. Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, loc. cit., note 3 ; Becker, *op. cit.*, loc. cit., note 6 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 60 ; Engel, *op. cit.*, p. 555.

<sup>121</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, loc. cit., note 4 ; Becker, *op. cit.*, loc. cit., note 2 ; Engel, *op. cit.*, p. 555.

<sup>122</sup> Oser-Schoenenberger, *op. cit.*, loc. cit., note 6 ; Becker, *op. cit.*, loc. cit., note 4 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55 ; Art. 495/6 CO ; art. 111 CO ; art. 429 CC, etc.

<sup>123</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, loc. cit., note 7 ; Becker, *op. cit.*, loc. cit., note 7 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55 ; Engel, *op. cit.*, p. 557.

<sup>124</sup> Lorsque la loi institue la solidarité, elle ne fait que présumer la volonté des parties de s'obliger solidairement. Il s'agit donc de droit dispositif. Becker, *op. cit.*, ad art. 143, note 3 ; Engel, *op. cit.*, p. 377 et 561.

des débiteurs exclut l'exécution par les autres et ouvre le problème des droits de recours.

- g) Lorsque plusieurs personnes sont tenues de réparer le même dommage, de sorte que les obligations sont d'exécution alternative, mais que ni la loi ni la volonté des parties n'ont adopté la solidarité, il y a solidarité imparfaite (unechte Solidarität), appelée parfois concours d'actions (Klagekonkurrenz)<sup>125</sup>.
- h) Les romanistes du XIX<sup>e</sup> siècle ont probablement inventé, sur la base des sources romaines, une autre institution : la dette unique avec pluralité de titulaires passifs (cf. *supra* I § 2, B). L'effet principal de cette institution appelée corréalité réside dans le fait que la litis-contestatio à l'égard de l'un des débiteurs éteint la dette de tous les autres<sup>126</sup>. La doctrine admet que le droit suisse ne connaît pas la corréalité<sup>127</sup>. Elle en veut pour preuve que l'extinction qui ne procure pas satisfaction au créancier n'a d'effet qu'à l'égard du débiteur qui a été ainsi libéré (art. 147 al. 2 CO). Dans le même sens, on peut relever que la renonciation à l'exception de prescription par l'un des codébiteurs ne nuit pas aux autres (art. 141 al. 2 CO). Chaque dette peut avoir des exceptions, conditions et garanties accessoires qui lui sont propres (art. 145 al. 1 CO). Seuls les articles 136 et 145 al. 2 CO pourraient faire croire à l'existence d'une dette unique avec pluralité de titulaires passifs<sup>128</sup>.

Dans le domaine de la responsabilité civile, la doctrine a donc admis qu'il ne pouvait y avoir solidarité au sens des articles 144 et ss CO que si la loi l'instituait. Dans les autres cas, il existe un régime différent : la solidarité imparfaite (ou concours d'actions). Lorsque la loi parle de solidarité, elle vise la *solidarité parfaite* prévue par les articles 144 et ss CO ; si elle est muette, il y a *solidarité imparfaite* entre les coresponsables.

C'est ainsi que Von Tuhr affirme que la solidarité n'existe que si elle est stipulée par les parties ou instituée par la loi<sup>129</sup>. En matière de responsabilité civile, il n'y a de solidarité (sauf une éventuelle stipu-

---

<sup>125</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 8 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55 ; Engel, *op. cit.*, p. 379 et 567.

<sup>126</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 9 ; Becker, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, art. 143-150, note 8 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 678.

<sup>127</sup> Becker, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 8 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 678 ; Engel, *op. cit.*, p. 561.

<sup>128</sup> Pour tout ce raisonnement, voir : Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, *loc. cit.*, notes 10 et 11 ; Becker, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 8.

lation) que si la loi la prévoit par une disposition spéciale<sup>130</sup>. A défaut d'une telle disposition, il y a concours d'actions, et non pas solidarité au sens des articles 144 et ss CO<sup>131</sup>.

Oser/Schoenenberger admettent également que le principe de l'article 143 al. 2 CO est applicable au domaine de la responsabilité civile. Ils pensent que les « cas prévus par la loi » de l'article 143 al. 2 CO visent notamment les cas de solidarité en matière des responsabilité civile<sup>132</sup>. Ces auteurs distinguent donc la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite<sup>133</sup>.

La position de Becker n'est pas différente. Il soutient en effet que le domaine de la responsabilité civile ajoute, par des dispositions légales, des cas de solidarité parfaite à ceux qui existent en matière contractuelle<sup>134</sup>.

Guhl/Merz/Kummer, sans se référer à l'article 143 CO, pensent qu'il y a solidarité parfaite dans le cas de l'article 50 CO, et solidarité imparfaite lorsque la loi ne parle pas de solidarité<sup>135</sup>. Von Büren adopte la même position<sup>136</sup>.

Pour Engel, la solidarité est parfaite lorsque la loi l'adopte ou lorsque les coresponsables sont tenus à raison d'un titre juridique commun, c'est-à-dire en application des articles 50 et 143 CO. Dans les autres cas de pluralité de responsables, il y a solidarité imparfaite<sup>137</sup>.

Ce sont surtout deux thèses de doctorat qui ont insisté sur la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite<sup>138</sup>. Elles ont construit leur théorie sur une interprétation des articles 143 et 51 CO, ainsi que sur la doctrine allemande<sup>139</sup>.

On doit donc constater que les auteurs opèrent une distinction dans le traitement de la responsabilité plurale. Lorsque la loi emploie expressément les mots de « solidarité », « solidaires » ou « solidairement »,

---

<sup>129</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 678.

<sup>130</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 689.

<sup>131</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 689/690.

<sup>132</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 143, note 6.

<sup>133</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, art. 143-150, note 8.

<sup>134</sup> Becker, *op. cit.*, ad art., 143, note 3.

<sup>135</sup> Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55.

<sup>136</sup> Von Büren, *op. cit.*, p. 93.

<sup>137</sup> Engel, *op. cit.*, p. 377, 379 et 561.

<sup>138</sup> Ce sont les thèses de Gröner et Brühlmann citées dans la bibliographie.

<sup>139</sup> Eisele, *op. cit.*, p. 478. Sur tout le problème de la genèse de la distinction dans la doctrine allemande et suisse, voir : Schazmann, *op. cit.*, p. 82 et ss, et ses références.

il y a solidarité parfaite, au sens des articles 144 et ss. CO. Dans tous les autres cas, il y a solidarité imparfaite. La plupart des auteurs voient le fondement légal de la distinction à l'article 143 al. 2 CO, qui contiendrait un principe général, dont la portée ne serait pas limitée à la solidarité stipulée.

Comme la loi ne réglemente pas la solidarité imparfaite, hormis l'article 51 CO, la doctrine s'est attachée à dégager le contenu de l'institution. L'introduction en 1907 de l'article 51 CO a aiguillé l'attention des auteurs sur ce problème. Entre les années 1912 et 1930<sup>140</sup>, de nombreux ouvrages se sont employés à démontrer l'existence de la distinction, nonobstant les ambiguïtés du texte légal, et à brosser la réglementation de la solidarité imparfaite, en opposition avec la solidarité parfaite qui, elle, est régie par la loi.

La question ayant été abondamment traitée, et les auteurs s'étant exprimés d'une manière concordante sur l'existence et le contenu de la distinction, ce problème quitta, vers 1930, l'avant-scène des préoccupations doctrinales. Nous verrons que la jurisprudence avait parallèlement consacré les théories dégagées par les auteurs.

Bien des années plus tard, alors que tout semblait acquis en cette matière, des voix toujours plus nombreuses se sont élevées pour critiquer la distinction et en prôner l'abolition de lege ferenda. La doctrine récente opère une attaque sous deux angles différents : d'une part, la raison d'être profonde de la distinction paraît insuffisante ; d'autre part, ses conséquences pratiques semblent insignifiantes et sans rapport avec le fondement de la distinction. Il y a, si l'on veut, une complication inutile.

Von Tuhr a été sous cet angle un précurseur. Il a estimé que la distinction découlait de la loi, mais qu'elle était critiquable de lege ferenda<sup>141</sup>.

De nombreuses années plus tard, en 1942, Hartmann, dans sa thèse, a relevé que les auteurs précédents avaient peut-être mis trop d'enthousiasme à déceler une institution juridique nouvelle derrière une formulation légale mystérieuse (l'art. 51 CO). D'une certaine manière, il ironisait sur un esprit dogmatique qui tend à multiplier les distinctions

---

<sup>140</sup> La thèse de Leuthold date de 1907, celle d'Albert Guhl de 1908, celle de Brühlmann de 1927, celle de Gröner de 1912, celle de Schazmann de 1928, le traité d'Oser/Schoenenberger de 1929 et celui de von Tuhr (en français) de 1929. Nous verrons que les grands arrêts de principe furent rendus vers 1930. L'arrêt Dame Häberli-Ingold (RO 55 II 314 = JT 1930, p. 274) est probablement celui qui a porté le plus loin les conséquences de la distinction.

<sup>141</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 365.

doctrinales subtiles. Fondamentalement, il estimait, comme Von Tuhr, que la distinction était difficile à justifier en équité, et que ses conséquences étaient trop mineures <sup>142</sup>.

Plus tard, la loi devait instituer la solidarité dans des cas de responsabilité plurale qui s'éloignaient considérablement de celui de l'article 50 CO. La raison d'être de la distinction s'affaiblissait du même coup. Fort de cet argument nouveau, Oftinger se livra à une attaque systématique contre cette distinction. Après avoir affirmé que l'existence d'une solidarité parfaite ou d'une solidarité imparfaite dans tel ou tel cas relevait purement et simplement de l'arbitraire, cet auteur mit en évidence le peu d'incidences pratiques de la distinction, et renonça à l'employer dans son exposé <sup>143</sup>. Peu après, Stark et Stucki reprenaient la position d'Oftinger <sup>144</sup>.

D'autres auteurs, sans discuter l'existence de la distinction, se sont efforcés d'en diminuer l'importance pratique, en prônant le rejet du principe selon lequel les exceptions personnelles ne peuvent être invoquées à l'égard du lésé qu'en cas de solidarité imparfaite <sup>145</sup>.

On peut donc affirmer que la distinction, consacrée par la doctrine ancienne dominante, a connu son apogée vers 1930. Depuis cette date, elle a perdu progressivement la faveur de la doctrine, soit qu'on la critique directement, soit que l'on tente d'en réduire l'importance pratique. Ce mouvement semble actuellement s'accélérer <sup>146</sup>.

### C) *La distinction dans la jurisprudence.*

La jurisprudence a admis l'existence d'une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite <sup>147</sup>. Cette attitude est fondée sur le principe selon lequel la solidarité ne se présume point, qui est peut-

---

<sup>142</sup> Hartmann, *op. cit.*, p. 54.

<sup>143</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 296-8.

<sup>144</sup> Stark, *op. cit.*, p. 62, note 126 ; Stucki, *op. cit.*, p. 83. Pour ce dernier auteur, le droit suisse ne connaît pas la solidarité imparfaite, parce que cette institution exclut, selon lui, les droits de recours. Il estime donc qu'il y a toujours solidarité dans notre système.

<sup>145</sup> Von Büren, *op. cit.*, p. 64/5 ; Bürgi, article cité dans la bibliographie ; Ilirsch, intervention citée dans la bibliographie.

<sup>146</sup> Jansen, thèse citée.

<sup>147</sup> RO 37 II 458 : Tramways électriques Zurich-Höngg c/ Winkler ; RO 38 II 219 : Sacchino c/ Bodensee-Toggenburg-Bahn AG ; RO 38 II 622 : Hoirs Bertherat et Corbet c/ Hoirs Hugon ; RO 43 II 211 : Affolter c/ Müller ; RO 55 II 314 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger ; RO 57 II 44 = JT 1931, p. 322 : Villa c/ Haberer und Schweizer Mustermesse ; RO 57 II 364/5 = JT 1932, p. 144 : Eisenbahngesellschaft Langenthal-Huttwil c/ Lowa ; RO 59 II 110 = JT 1933, p. 464 : Würsten c/ Zingen et von Grünigen ;

être exprimé dans son acception la plus générale à l'article 143 al. 2 CO. La jurisprudence a donc consacré les théories doctrinales, en s'attachant surtout à mettre en évidence les conséquences pratiques de la distinction. C'est ainsi qu'à l'occasion de cas particuliers, le TF a relevé qu'il n'y a effet interruptif général de la prescription qu'en cas de solidarité parfaite<sup>148</sup>, que la subrogation n'existe qu'en cas de solidarité parfaite<sup>149</sup>, et que les exceptions strictement personnelles ne peuvent être opposées au lésé qu'en cas de solidarité imparfaite<sup>150</sup>.

En se plaçant sur le plan des incidences concrètes, comme il sied à la jurisprudence, le Tribunal fédéral emploie constamment les termes de « solidarité parfaite » et de « solidarité imparfaite », et il a depuis fort longtemps dégagé le critère de distinction (l'art. 143 al. 2 CO) et les conséquences pratiques de celle-ci. Sa position correspond fidèlement à la doctrine classique, telle qu'elle est représentée par Oser/Schoenenberger<sup>151</sup>.

Les critiques récentes qui ont été élevées contre l'existence de cette distinction, notamment par Oftinger<sup>152</sup>, n'ont guère rencontré d'écho dans la jurisprudence. Le TF admet que la distinction fait partie du droit positif suisse, et il renonce par conséquent à la discuter. On ne trouve donc point de critique de la distinction dans la jurisprudence. Même les conséquences extrêmes de la distinction, c'est-à-dire l'inadmissibilité des exceptions personnelles, sur le plan externe, en cas de solidarité parfaite, continuent d'être soutenues par la jurisprudence la plus récente, malgré quelques hésitations il est vrai, et ce nonobstant

---

RO 59 II 368 : Héritiers Hess c/ Descoeudres ; RO 62 II 139 = JT 1936, p. 547 : Von Ins et Lüscher c/ Neuhaus ; RO 63 II 148 = JT 1937, p. 522 : Stadtgemeinde Zürich c/ Unfallversicherungsverband Schweizer Metzgermeister ; RO 69 II 167 = JT 1943, p. 487 : Dietrich c/ Clerc et Helvetia ; RO 84 II 393 = JT 1959, p. 253 : CN c/ Pochelon, Eberhart et Alpina ; RO 89 II 415 : Minot et consorts c/ Armbruster ; RO 97 II 339 c/3 = JT 1972, p. 636 (641) : Burren c/ Schärer et Flückiger.

<sup>148</sup> RO 38 II 219 : Sacchino c/ Bodensee-Toggenburg-Bahn AG ; RO 43 II 210 : Affolter c/ Müller ; RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger ; RO 69 II 167 = JT 1943, p. 487 : Dietrich c/ Clerc et Helvetia ; RO 89 II 415 : Minot et consorts c/ Armbruster ; RO 90 II 184 : Veuve Marrer c/ Helvetia-Accidents ; SJZ 29, 117, n° 85.

<sup>149</sup> RO 36 II 485 : CFF c/ Sté d'Entreprise du Tunnel du Simplon.

<sup>150</sup> RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger ; RO 57 II 28 = JT 1931, p. 272 : Herzog c/ Auert et Amrein ; RO 57 II 417 = JT 1932, p. 345 ; Frick c/ Suter ; RO 59 II 434 : Erben B c/ T et K ; RO 71 II 112 = JT 1945, p. 446 : Schneider et Rey c/ Haymoz ; RO 97 II 403 c/ 7 d, p. 415/6 : Zürcher und Mitbeteiligte c/ Kredit- & Verwaltungsbank Zug AG.

<sup>151</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, art. 143-150, note 8 ; Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 143, note 6.

<sup>152</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 296-8.

des critiques doctrinales virulentes<sup>153</sup>. La jurisprudence actuelle du TF reste fidèle à la distinction telle qu'elle a été dégagée à son apogée vers 1930.

## § 2. RECHERCHE DE LA RATIO DE LA DISTINCTION.

### A) *Le critère de distinction.*

Ayant constaté l'existence de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite dans la jurisprudence et dans la doctrine classique, si ce n'est dans la loi, nous voulons maintenant rechercher la raison d'être de la distinction. Autrement dit, nous allons essayer de déterminer ce qui pourrait justifier de traiter différemment les cas de solidarité parfaite et ceux de solidarité imparfaite.

Comme premier pas dans la recherche de cette ratio, nous voulons étudier le critère de la distinction. Il s'agit de savoir comment déterminer, face à un cas concret, s'il y a solidarité parfaite ou solidarité imparfaite.

L'article 143 al. 2 CO est de nature à fournir un critère de distinction. Certains auteurs ont soutenu que cette disposition était applicable au domaine de la responsabilité civile ; on constate d'ailleurs que même les auteurs qui ne font pas référence à l'article 143 al. 2 CO admettent, même implicitement, le principe selon lequel la solidarité ne se présume point<sup>154</sup>.

Le critère de distinction est donc fort simple : si la loi (ou éventuellement les parties, ce qui est rare en responsabilité civile) ont institué la solidarité, il y a solidarité parfaite, sinon, il y a toujours solidarité imparfaite.

Bien que le critère soit simple, un certain nombre de remarques s'impose. En effet, notre but est ici de déceler la ratio de la distinction, et il faut rechercher si ce critère nous fournit quelques renseignements à ce sujet.

---

<sup>153</sup> Comparez : RO 97 II 403 c/ 7d, p. 415/6 : Zürcher und Mitbeteiligte c/ Kredit- & Verwaltungsbank Zug AG. Avec : von Büren, *op. cit.*, p. 64/5 ; Bürgi, article cité dans la bibliographie ; Hirsch, intervention citée dans la bibliographie.

<sup>154</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 143, note 6 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 143, note 3 ; Oftringer, *op. cit.*, I, p. 296 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 678, 689/690 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55 ; von Büren, *op. cit.*, p. 93 ; Engel, *op. cit.*, p. 377.

Pour qu'une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite ait une portée pratique, il faut que l'on traite différemment les cas de solidarité parfaite et ceux de solidarité imparfaite. Si l'on traite de manière différente deux cas semblables, il y a arbitraire<sup>155</sup>. Ce n'est que s'il existe deux cas différents que l'on peut les traiter de deux manières différentes. Il doit donc y avoir dans tous les cas de solidarité parfaite un élément caractéristique commun que l'on ne retrouve pas dans les cas de solidarité imparfaite (qui constituent la règle générale). Il faut une distinction suffisante dans la nature des cas pour que l'on puisse appliquer deux traitements différents.

Certes, lorsqu'on parle de solidarité stipulée, on peut concevoir que les parties choisissent le régime juridique comme on choisit un régime matrimonial. Cependant, lorsque c'est le législateur qui présume le choix tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, il doit exister une différence suffisante dans la nature des cas pour justifier le choix changeant du législateur.

Face à un cas concret, le critère de distinction qui nous est donné oblige à chaque fois à rechercher si le législateur a institué la solidarité en pareil cas. Le critère tiré de l'article 143 al. 2 CO ne révèle en rien la raison d'être de la distinction, il renvoie tout simplement à l'étude des autres normes de responsabilité ; cette disposition laisse aux lois spéciales une totale liberté pour instituer ou non la solidarité parfaite.

Dans un premier temps, on constate que le critère de distinction laisse la question de la ratio absolument ouverte. Dans un second temps du raisonnement, on doit s'étonner de cette attitude. Si deux traitements différents en matière de responsabilité plurale étaient nécessités par deux types de cas nettement caractérisés, le législateur n'aurait pas manqué de donner comme critère de distinction l'élément commun aux seuls cas de solidarité parfaite. Il aurait pu dire par exemple qu'il y a solidarité parfaite lorsque les coresponsables sont tous tenus à raison d'une faute. Il y aurait eu alors un élément caractéristique de la solidarité parfaite (le fait que la responsabilité de chacun est fondée sur une faute), et il aurait été possible de discuter de l'opportunité d'un traitement juridique différent pour ces cas. En réalité, le critère de distinction laisse toute liberté au législateur des lois subséquentes, ce qui démontre que l'auteur de l'article 143 al. 2 CO ne sait pas clairement quels sont les cas qu'il veut soumettre à la solidarité parfaite. Il a prévu deux institutions juridiques différentes, sans savoir avec pré-

---

<sup>155</sup> Favre, *op. cit.*, p. 260 et ss, et ses références. Aucun recours de droit public fondé sur l'art. 4 Cst féd ne serait possible dans la mesure où la distinction découle d'une loi fédérale (art. 113 Cst. féd.).

cision quels sont les cas qui doivent être soumis à tel ou tel régime. Le critère de distinction révèle un vice fondamental qui met en doute la nécessité de la distinction.

Face à chaque cas de responsabilité plurale, le législateur ne dispose d'aucun critère tiré de la partie générale du CO pour savoir s'il doit ou non instituer la solidarité parfaite. On peut donc craindre qu'il ne décide d'une façon arbitraire.

Comme Oftinger l'a très bien vu, « es fehlt an einem zuverlässigen Kriterium, weil ein sachlicher Unterschied in Wirklichkeit eben fehlt ; deshalb sind denn auch die Unterstellungen unter die eine oder die andere Art der Solidarität willkürlich » <sup>156</sup>.

### B) *Les cas de solidarité parfaite et de solidarité imparfaite.*

Nous avons vu que l'article 143 al. 2 CO se borne à renvoyer simplement à la volonté du législateur dans les cas particuliers, de telle sorte que celui-ci est libre d'instituer ou non la solidarité parfaite selon son bon plaisir.

Cette constatation n'implique pas à elle seule que la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite n'a pas de raison d'être. Il se peut en effet que le législateur, laissé totalement libre par la règle selon laquelle la solidarité ne se présume point, ait posé lui-même un principe tacite qui lui permette de savoir, face à chaque cas particulier, s'il doit ou non instituer la solidarité parfaite. Pour rechercher s'il existe une telle règle tacite, il faut examiner l'ensemble des cas pour lesquels le législateur a institué la solidarité parfaite, afin de déterminer s'il existe dans tous ces cas un trait commun caractéristique qui puisse justifier un traitement spécial. Si le législateur de l'article 143 al. 2 CO ne dit pas à quoi est destinée la distinction qu'il institue, il se peut que la raison d'être de cette distinction apparaisse néanmoins dans la législation, au travers des diverses normes qui ont institué la solidarité parfaite.

Il n'est pas inutile de dresser ici le catalogue des cas de pluralité de débiteurs pour lesquels il y a solidarité parfaite.

#### a) *Dans le CC :*

L'article 342 al. 2 institue la solidarité entre les indivis. L'article 429 al. 3 fait de même pour les organes de tutelle. Les articles 603 et 639 établissent le même régime pour les cohéritiers. Dans le cas des

---

<sup>156</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297.

indivis et des cohéritiers, il existe une communauté typique entre les débiteurs, caractérisée par la propriété en main commune. Il est vrai que ces deux dispositions visent les obligations contractuelles et ne partent pas de l'hypothèse d'une pluralité de personnes ayant engagé leur responsabilité civile. L'article concernant les organes de tutelle fait une telle supposition, mais il exige que les divers responsables aient causé un dommage par une faute intentionnelle. Ce qui est décisif dans ce cas, c'est que les sujets se soient associés dans l'accomplissement d'une fraude.

b) *Dans le CO :*

1. *L'article 50 CO.*

L'article 50 al. 1 CO, par la position qu'il occupe dans le Code, apparaît comme la disposition générale instituant la solidarité en cas de pluralité de responsables. Il y a donc lieu de penser que ce texte décrit le cas le plus typique de solidarité parfaite dans le domaine de la responsabilité civile.

L'article 50 al. 1 CO institue la solidarité entre ceux qui ont causé ensemble un dommage. On parle tantôt de causalité commune, tantôt de faute commune<sup>157</sup>, ce qui traduit déjà l'incertitude qui peut exister sur l'élément commun caractéristique. L'idée est en tout cas que chaque participant a accompli volontairement un acte qu'il sait être englobé dans une activité d'ensemble, résultant du comportement de plusieurs personnes. La réunion des divers actes volontaires forme un tout, et chacun a voulu ce tout qui est la cause adéquate d'un dommage. On parle aussi de collaboration consciente, d'action collective (ou conjuguée) ou d'entreprise commune<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> C'est le texte allemand — probablement juste — qui contient l'idée de faute commune (« gemeinsam verschuldet »), tandis que le texte français fait plutôt penser à une causalité commune. Gilliard, *op. cit.*, p. 260/1.

<sup>158</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 5 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 293 ; Gühl/ Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 195 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 31/2 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 260/1 ; RO 35 II 435 : Kramer c/ Elektrizitätswerk Wynau ; RO 41 II 121 : Schmid c/ Berger et Zipfler ; RO 54 II 144 : Joly c/ FOMH ; RO 55 II 314 = JT 1930, p. 274 : Häberli-Ingold c/ Flückiger ; RO 59 II 364 = JT 1934, p. 67 : Hoirs Hess c/ Descoeudres ; RO 60 II 155 : Karton- und Papierfabrik Deisswil c/ Schmid ; RO 62 II 138 = JT 1936, p. 547 : Von Ins et Lüscher c/ Neuhaus ; RO 69 II 418/9 : Zurich c/ CN et Wyss ; RO 71 II 112 = JT 1945, p. 446 : Schneider et Rey c/ Haymoz ; RO 79 II 73 : Lorient c/ Hauser ; RO 82 II 547 = JT 1957, p. 315 : Corinthia-Liga c/ Köhler ; RO 89 II 239 = JT 1964, p. 41 : Michelis Bank c/ Inro Corsetry ; SJ 1962, p. 257 : Marsens c/ CGTE et Sieber ; SJZ 52, p. 113 ; BIZR 56, n° 101, p. 212.

Il n'est pas nécessaire que le comportement adopté par chacun soit en lui-même interdit par la loi et propre à lui seul à causer le dommage, il suffit que l'activité commune, conçue comme un tout, soit de nature à entraîner le résultat illicite et l'ait effectivement entraîné <sup>159</sup>.

Il importe peu que les divers actes ne soient pas simultanés <sup>160</sup> et que les individus aient des intérêts différents à l'activité collective.

L'article 50 al. 1 CO présuppose des responsabilités aquiliennes <sup>161</sup> ; chaque participant doit donc avoir commis une faute propre. Dans l'esprit de l'article 41 al. 1 CO, il n'y a pas à distinguer entre la faute intentionnelle et la négligence. Certes, l'emploi, par l'articles 50 al. 1, des termes d'instigateur, auteur principal et complice, fait penser, par référence au droit pénal, à des fautes intentionnelles ; cependant, ces termes ne doivent pas permettre d'introduire, par le biais de la solidarité, une distinction étrangère au domaine de la responsabilité aquilienne <sup>162</sup>.

Il faut absolument distinguer deux étapes dans le raisonnement : il y a d'une part la coopération dans l'accomplissement de l'acte dommageable, et d'autre part la faute en regard de la survenance du dommage. Les deux choses ne vont pas de paire, parce que l'on peut *participer intentionnellement* à un acte imprudent et commettre ainsi une *faute* sous la forme de la *négligence*. Il importe peu que la faute en regard du résultat soit un dol ou une négligence. En revanche, la coopération doit être consciente et volontaire <sup>163</sup>. Chacun doit avoir voulu son acte et celui d'autrui, même s'il n'a pas envisagé, par négligence, l'issue dommageable. Si l'on se contentait d'une participation par négligence, il y aurait solidarité parfaite fondée sur l'article 50 CO dans presque tous les cas de pluralité de responsables, parce que l'on peut toujours s'attendre à ce que quelqu'un d'autre commette une faute qui concourt à la survenance du dommage. La coopération ne peut pas découler simplement de la plus ou moins grande probabilité qu'il y ait une pluralité de responsables. Admettre la participation par négligence consciente ne serait pas non plus une bonne solution, parce que la distinction

---

<sup>159</sup> Schazmann, *op. cit.*, p. 22/3 et ses références ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 77/8.

<sup>160</sup> Schazmann, *op. cit.*, p. 30/1 ; RO 48 II 145 = JT 1923, p. 2 : Arbeiterunion Zürich c/ Zürich.

<sup>161</sup> RO 71 II 107 = SJ 1945, p. 545 : Schneider et Rey c/ Haymoz.

<sup>162</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 293 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 261/2 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 14 et ss ; RO 45 II 316 = JT 1919, p. 522 : Krebs et Widmer c/ Habegger ; RO 57 II 417 = JT 1932, p. 346 : Frick c/ Suter ; RO 69 II 419 = JT 1944, p. 461 : La Zurich c/ CN et Wyss ; RO 79 II 73 : Lorient c/ Hauser. *Contra* : RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flüchiger.

<sup>163</sup> Admettent que la participation peut être le fruit d'une simple négligence : Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 6 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 30/1 et 33.

entre négligence consciente et négligence inconsciente est moins justifiée du point de vue éthique<sup>164</sup> que celle entre l'intention et la négligence.

Il faut donc exiger une participation intentionnelle, étant entendu qu'il importe peu qu'il y ait intention ou négligence à l'égard du résultat illicite et dommageable provoqué par l'état de faits créé.

« Pour qu'il puisse y avoir collaboration consciente, il n'est pas nécessaire que les participants se concertent<sup>165</sup>. » Il faut que le participant ait accepté dans son principe, même tacitement, le comportement de l'autre. C'est de cette manière qu'il se « solidarise » avec sa faute. S'il est vrai qu'une concertation n'est pas nécessaire, le participant doit néanmoins avoir eu conscience de s'unir par son comportement à une action collective, ou à tout le moins de l'avoir favorisée par son attitude, ou de l'avoir tolérée alors qu'il savait avoir l'obligation d'intervenir.

On peut d'ailleurs se demander si la solidarité à raison de fautes communes doit nécessairement être une notion commutative. Supposons que A veuille tuer C et que B ait appris l'intention de A. B désire également se venger de C, et il verse un somnifère dans le café de C, pour que celui-ci s'endorme et que l'action imminente de A se trouve ainsi favorisée. B devrait être considéré comme solidaire de A, puisqu'il s'est associé à son acte en voulant l'aider sans que A ne soit solidaire de B, parce qu'il ignore tout du comportement de B.

On pourrait trouver une autre application de cette idée dans le cas de la participation avec un incapable de discernement. Le participant répondrait solidairement avec l'irresponsable, mais l'inverse ne serait pas vrai. Il est en effet évident que l'incapable ne peut pas être solidaire, puisque son état l'empêche de former une volonté de coopérer qui puisse être retenue du point de vue juridique<sup>166</sup>.

Relevons encore que les termes de complice<sup>167</sup> et d'instigateur<sup>168</sup> s'interprètent de la même façon qu'en droit pénal. La participation doit

---

<sup>164</sup> N'oublions pas que l'on se trouve face à des responsabilités aquiliennes, donc fondées sur la faute !

<sup>165</sup> RO 71 II 107 = JT 1945, p. 446 : Schneider et Rey c/ Haymoz. On comparera cet arrêt avec une ancienne jurisprudence beaucoup plus restrictive : RO 38 II 617 et ss : Hoirs Bertherat et Corbet c/ Hoirs Hugon.

<sup>166</sup> Il est bien entendu que la responsabilité de l'incapable ne peut se fonder que sur l'article 54 CO, ou une norme de responsabilité causale.

<sup>167</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, I, p. 364 et ses références ; Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 6 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 33.

<sup>168</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 6 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 30/1 ; RO 48 II 145 = JT 1923, p. 2 : Arbeiterunion Zürich c/ Zürich.

être intentionnelle, mais comme nous l'avons vu la faute en regard du dommage peut n'être qu'une négligence. Une personne qui ne saurait être auteur principal (ce que l'on appelle un extraneus) peut être participant accessoire<sup>169</sup>. La responsabilité du participant accessoire ne naît qu'au moment où un acte objectivement contraire au droit est commis<sup>170</sup>. La distinction entre les diverses formes de participation ne revêt guère d'importance, puisque, selon les termes de l'article 50 al. 1 CO, il n'y a pas « lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice »<sup>171</sup>.

Il est douteux qu'une personne qui n'a commis qu'une négligence puisse être solidaire d'un responsable qui a agi par dol. L'ignorance de la volonté dolosive d'autrui empêche la formation d'une véritable coopération, même s'il y a participation volontaire à une action commune, dont on n'avait pas, par négligence, envisagé l'issue illicite et dommageable.

En dernière analyse, *l'acceptation du comportement d'autrui* crée la solidarité parfaite dans l'hypothèse de l'article 50 al. 1 CO. Il faut par son comportement, même passif<sup>172</sup>, manifester la volonté de s'associer à l'acte d'autrui. Il y a une prise en charge psychologique de l'acte d'autrui. La corrélation des comportements, pleinement volontaire, débouche sur un acte illicite que l'on a voulu, ou pu et dû prévoir.

## 2. Les autres cas.

De nombreuses autres dispositions prévoient la solidarité lorsque deux ou plusieurs personnes s'unissent pour conclure un contrat. C'est le cas des articles 308 (emprunt conjoint), 403 (mandants et mandataires conjoints), 425 (commettants et commissionnaires conjoints), 440 (expéditeurs et voituriers conjoints), 478 (dépositaires conjoints), 497 (cautionnement conjoint). Dans tous ces cas qui relèvent essentiellement du domaine contractuel, il existe entre les débiteurs conjoints et solidaires une communauté de but caractéristique.

Dans le droit des sociétés qui présuppose la réunion de plusieurs personnes en vue de la réalisation d'un but commun, on rencontre fréquemment des normes instituant la solidarité parfaite, notamment

---

<sup>169</sup> Ainsi l'instigateur ou le complice d'un acte de concurrence déloyale qui n'est pas lui-même en rapport de concurrence avec la victime. RO 82 II 547 = JT 1957, p. 312 : Corinphila-Liga c/ Köhler.

<sup>170</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 6 ; RO 55 II 310 = JT 1930, p. 274 : Häberli-Ingold c/ Flückiger.

<sup>171</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 6 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 31.

<sup>172</sup> La passivité ne suffit que s'il y a obligation d'agir.

entre les membres d'un même organe (cf. art. 544 al. 3, 568 al. 1, 569 al. 1, 645 al. 1, 748 ch. 3, 750 al. 1, 759 al. 1, 783 al. 2, 797 al. 2, 802 al. 1, 826 al. 4, 838 al. 2, 869 al. 2, 914 ch. 3, 918 al. 1 CO).

Lorsque deux personnes unissent leurs efforts pour réaliser un transfert de droits, il arrive que la loi institue la solidarité entre le cédant et le reprenant. C'est le cas de l'article 181 al. 2 CO. Certes, il existe alors une communauté de volontés entre les intéressés, comparable à celle qui a été relevée dans les cas précédents, mais on peut aussi remarquer qu'il s'agit d'une opération particulièrement dangereuse pour les tiers, de telle sorte que l'institution de la solidarité pourrait procéder aussi d'une volonté de renforcer les droits du lésé. On peut rapprocher de ce cas celui des articles 748 ch. 3, 750 al. 1, 826 al. 4, 914 ch. 3 CO. Dans tous ces cas, on a institué une responsabilité personnelle et solidaire de tous les membres d'un organe qui réalise une transformation de la structure d'une société, opération qui présente un danger particulier pour les créanciers.

En droit de change également, les articles 1044 al. 1 et 1143 ch. 12 CO instituent la solidarité entre les garants de change. Là aussi, des personnes conviennent d'opérer un transfert de droits qui peut présenter des dangers pour les tiers, porteurs subséquents de l'effet de change. On sent poindre ici une nouvelle idée : les personnes qui emploient un moyen dangereux pour les tiers forment une sorte de communauté d'intérêts, et doivent répondre solidairement du dommage causé.

On observe donc une déviation très intéressante. Les premières dispositions citées instituaient la solidarité dans des cas où il existait une association de volontés entre deux ou plusieurs personnes. La notion de solidarité était liée à l'idée d'une sorte de société préexistante entre les coresponsables. Comme la société implique une association au comportement d'autrui, une certaine prise en charge volontaire des actes d'autrui comme s'il s'agissait des siens propres, on comprend que la solidarité, dans son contenu, ait tendu à traiter plusieurs personnes comme si elles ne formaient qu'une seule entité. Un régime s'inspirant d'un tel principe, et faisant de chacun le représentant de toute la communauté, ne pouvait que présenter des avantages pour le lésé, en lui permettant de s'en prendre indistinctement à n'importe quel coresponsable, puisque chacun s'était associé au comportement de tous les autres. Comme l'union de plusieurs personnes est de nature à présenter un danger accru, tout en offrant la possibilité de répartir le fardeau de la réparation, l'institution devait incliner naturellement à renforcer les droits du lésé.

Dans cet esprit, il était logique d'instituer la solidarité principalement pour les situations qui créaient un risque particulier pour autrui. Plus le risque créé était grand, plus la tentation était grande d'instituer la solidarité sans se montrer trop exigeant quant à l'existence d'une sorte de société entre les coresponsables. On en vint ainsi, en droit de change, à instituer la solidarité entre des personnes qui ne se connaissent peut-être même pas, qui ne se sont jamais concertées, mais qui ont tiré profit d'un même instrument dangereux : l'effet de change. Ce sont surtout des textes ajoutés postérieurement au CO qui reflètent cette évolution (le droit des sociétés et le droit de change). Avec le temps, la solidarité semble être devenue essentiellement un moyen d'avantager le lésé. La communauté qui doit exister entre les obligés n'est plus nécessairement issue d'une association volontaire ; elle est devenue une communauté très idéalisée, une simple communauté d'intérêts, sans rapports subjectifs entre les intéressés.

c) *Dans les lois spéciales.*

1. *L'article 60 al. 1 LCR.*

Lorsqu'un véhicule automobile est impliqué dans un accident, et qu'une personne qui n'est pas détenteur au sens de la LCR subit un dommage, tous les responsables sont tenus solidairement<sup>173</sup>.

Lorsque le lésé est un détenteur, l'article 61 LCR est applicable. Il n'y a alors pas de solidarité parfaite entre les coresponsables<sup>174</sup>.

Il suffit que le risque inhérent à un véhicule automobile ait joué un rôle causal dans la survenance du dommage, pour que les rapports entre tous les coresponsables s'apprécient à la lumière des articles 60 et 61 LCR.

La solidarité englobe tous les responsables d'un accident, sans égard à la norme sur laquelle se fonde la responsabilité de chacun. Il n'est même pas exigé, ce qui est choquant, que tous les responsables rendus solidaires soient tenus sur la base d'une norme de responsabilité à raison du risque. L'article 60 al. 1 LCR s'applique à tous les responsables dès que le risque inhérent à un véhicule automobile a joué un rôle causal<sup>175</sup>.

Si la responsabilité d'une personne est fondée exclusivement sur sa faute, elle ne sera tenue qu'à une part du dommage déterminée en fonc-

---

<sup>173</sup> Art. 60 al. 1 LCR. Oftinger, *op. cit.*, II/2, p. 671 et 659 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 259/260 ; Yung, *op. cit.*, in SJ 1933, p. 252 ; RO 63 II 339 = JT 1938, p. 475 ; Vermot et Kreutter c/ Donzé ; RO 89 II 415 : Minot c/ Armbruster.

<sup>174</sup> Oftinger, *op. cit.*, II/2, p. 652.

<sup>175</sup> Oftinger, *op. cit.*, II/2, p. 650/1 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 259/60 ; RO 89 II 415 : Minot c/ Armbruster.

tion de la gravité de la faute<sup>176</sup>. Nous nous trouvons ici face à un cas exceptionnel de division du dommage sur le plan externe. Jusqu'à concurrence de sa quote-part, le responsable est toutefois solidaire des autres.

Il n'y a pas de solidarité parfaite entre le détenteur et son assurance responsabilité-civile<sup>177</sup>.

Comme le tort moral n'est pas à strictement parler un dommage, la question se pose de savoir si l'article 60 al. 1 LCR est applicable lorsque le lésé réclame réparation du tort moral. L'article 62 LCR renvoie à ce sujet aux principes généraux du droit des obligations, singulièrement à l'article 47 CO<sup>178</sup>. Nous ne pensons pas, comme la jurisprudence l'a laissé entendre<sup>179</sup>, que la nature de l'action exercée doive influencer le problème de la solidarité. S'il fallait comprendre que le renvoi de l'article 62 LCR s'applique à toutes les conditions de la responsabilité, il faudrait une faute au sens de l'article 41 CO, qui soit commune (article 50 al. 1 CO) pour qu'il y ait solidarité en cas d'action en réparation du tort moral. Comme il a été admis que ce renvoi ne vise que l'article 47 CO<sup>180</sup>, il n'y a pas lieu de se référer à l'article 50 CO, et on doit admettre que le problème de la solidarité reste soumis exclusivement à la LCR. Le renvoi de l'article 62 LCR n'envisage pas la question de la solidarité, et l'on créerait de bien curieuses solutions si l'on admettait que le mot « dommage » à l'article 60 al. 1 LCR doit être interprété d'une manière stricte, et exclut la solidarité en cas d'action en réparation du tort moral.

L'instauration d'une solidarité parfaite dans les cas d'accidents de la circulation, très importante en pratique, constitue une illustration de l'idée selon laquelle le législateur en est venu à instituer plus largement la solidarité, dans le but de renforcer les droits du lésé, se contentant d'une communauté d'intérêts entre les responsables solidaires. Ceux qui profitent d'un engin dangereux sur la chaussée contribuent tous à rendre périlleuse la voie publique et forment donc une communauté d'intérêts. Personne ne veut vraiment l'existence des autres, mais chacun doit savoir que s'il emploie un véhicule utile, d'autres personnes vont faire de même. Ainsi, chaque détenteur est un peu la cause des autres véhicules. Lorsqu'un accident se réalise, chaque responsable impliqué est solidaire des autres. Il s'agit là d'une conception très extensive de la communauté d'intérêts.

---

<sup>176</sup> Art. 60 al. 3 LCR. Oftinger, *op. cit.*, II/2, p. 662/3.

<sup>177</sup> RO 69 II 162 = SJ 1944, p. 33 : Dietrich c/ Clerc et Helvetia.

<sup>178</sup> RO 90 II 82 : Dénéreaz c/ Béchir.

<sup>179</sup> RO 63 II 339 = JT 1938, p. 475 : Vermot et Kreutter c/ Donzé.

<sup>180</sup> RO 90 II 82 : Dénéreaz c/ Béchir.

L'admission du même principe devient encore plus difficile à justifier lorsque les responsables d'un accident ne sont pas tous tenus en application de la LCR, mais que certains d'entre eux encourent une autre responsabilité causale, une responsabilité contractuelle ou même aquilienne. On peut certes parler de création en commun d'une situation dangereuse sur la voie publique, mais le piéton, l'employeur ou le chef de famille créent-ils un danger qui les rende en quelque manière complice du risque d'un véhicule automobile ? Il y a lieu de redouter ici que l'on soit sur le point d'oublier le sens de la solidarité, et qu'on l'admette simplement comme un moyen technique de renforcer les droits du lésé, sans plus se préoccuper de sa nature profonde.

## 2. *Les autres cas.*

Diverses autres lois spéciales contiennent des dispositions qui instituent la solidarité. On peut citer l'article 15 LCD qui prévoit la solidarité entre la société et les membres qui se sont rendus coupables d'un acte de concurrence déloyale, pour le paiement de l'amende et des frais. Cette solution s'inspire directement de la jurisprudence de l'article 50 CO, en cas de responsabilité de la personne morale et d'un organe<sup>181</sup>, de sorte que ce cas ne présente pas d'originalité.

On trouve des exemples plus intéressants dans des lois qui instituent une responsabilité à raison du risque (cf. art. 28 b et 30 LIE, 66 LNA, 33 Lcond). Dans tous ces cas, il existe un dispositif particulièrement dangereux, que ce soit un aéronef, une installation électrique ou une conduite. La volonté de protéger le lésé éventuel est d'autant plus forte que le risque est grand. Comme la solidarité a pour effet de renforcer les droits du lésé, la tentation était grande d'instituer la solidarité dans tous ces cas. Nous avons vu que la solidarité suppose, en principe, une association de volontés telle que chacun veut le comportement d'autrui comme le sien propre. Dans des lois qui instituent une responsabilité indépendante de toute faute, ainsi qu'une responsabilité pour le fait d'autrui, il n'y a pas de réelle difficulté à admettre une association artificielle, puisque ces systèmes ne s'inspirent pas des appréciations subjectives traditionnelles.

Qu'en est-il dans ces cas de la communauté qui semblait constituer le critère de distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite ?

---

<sup>181</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 5 ; Ostertag, *op. cit.*, in FJS 696, p. 7 ; RO 41 II 506 = SJ 1915, p. 745 : Dlle Billod c/ Sté suisse des négociants en cigares ; SJ 1916, p. 55 : Sté suisse de Pyrotechnie c/ Touveret.

Sur l'article 15 en général : von Büren Bruno, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz (Zurich 1957), p. 217.

On retrouve ici la notion très abstraite de communauté d'intérêts. Tous ceux qui tirent profit du même moyen dangereux forment une communauté d'intérêts. Par le fait qu'ils emploient tous le même moyen, ils manifestent un certain intérêt à ne pas voir le moyen interdit à raison de sa périculosité. En raison de cet intérêt commun, on attend de tous ceux qui sont impliqués dans la réalisation du risque caractéristique de leur moyen qu'ils fassent front commun pour réparer le dommage.

On doit cependant constater qu'il y a un monde entre l'hypothèse de l'article 50 al. 1 CO et celle de l'article 60 al. 1 LCR. Dans le premier cas, des personnes se sont associées consciemment et volontairement pour adopter un comportement dommageable. Il y a un rapport subjectif entre les intéressés : chacun veut l'acte de l'autre. Dans le second cas, les sujets ne se connaissent même pas et ils n'ont en aucune façon accordé volontairement leurs comportements réciproques. La communauté résultant du seul fait que les intéressés emploient un dispositif dangereux sur la voie publique est une notion très abstraite. On peut réellement se demander si un tel élargissement de la notion de communauté ne provient pas du fait que le législateur a oublié son critère originel, et que l'on essaye artificiellement de restituer la logique du système.

### C) *La ratio de la distinction.*

Si l'on veut porter un jugement de valeur sur la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, dont nous avons préalablement constaté l'existence, il est nécessaire de dégager la raison d'être de la distinction. Le critère de distinction que l'on peut tirer de l'article 143 al. 2 CO est absolument formel et repousse le problème. L'examen des cas pour lesquels le législateur a institué la solidarité parfaite<sup>182</sup> nous a permis de déceler les traits communs à tous les cas de solidarité parfaite : un élément communautaire interprété d'une manière très variable, ainsi, accessoirement, qu'une certaine volonté de renforcer les droits du lésé. Il faut essayer maintenant de définir avec précision l'élément communautaire qui caractérise la solidarité parfaite, pour substituer au critère formel tiré de l'article 143 al. 2 CO un critère matériel.

Dans sa conception originelle<sup>183</sup>, la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite se fonde sur la *communauté des causes*. Pour qu'il y ait solidarité parfaite, il faut qu'il existe une communauté

---

<sup>182</sup> Pour un catalogue des cas de solidarité parfaite, on peut lire : Des Gouttes in JT 1944, p. 98.

<sup>183</sup> Eisele, *op. cit.*, p. 478 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 82 et ss, et ses références.

entre les coobligés, se traduisant par un fondement commun de l'obligation de réparer<sup>184</sup>.

Toute la difficulté de cette distinction repose bien entendu sur le problème de la définition de la « cause commune ». Oftinger a remarqué que ce critère ne permet pas de comprendre pourquoi il n'y avait pas de solidarité, selon l'ancienne loi sur la circulation, entre le détenteur d'un véhicule automobile et l'exploitant d'un chemin de fer<sup>185</sup>. S'il est vrai que l'un et l'autre ne sont pas tenus en application de la même disposition légale, il faut bien admettre que les deux responsabilités sont fondées sur la même « cause » au sens de l'article 51 al. 1 CO (en l'espèce : la loi). L'idée d'Oftinger d'interpréter le mot « cause » à la lumière de l'article 51 al. 1 CO nous paraît en contradiction avec la loi elle-même. Certes, l'article 51 envisage le cas de personnes qui répondent en vertu de causes différentes et nul ne conteste que cette disposition vise un cas de solidarité imparfaite, mais il faut rapprocher l'article 51 de l'article 50 et ne pas perdre de vue la règle de l'article 143 al. 2 CO. La juxtaposition des articles 50 et 51 CO nous permet de déceler une lacune : le cas des personnes qui répondent en vertu d'une cause semblable, mais sans avoir « causé ensemble » le dommage au sens de l'article 50, n'est pas traité par la loi. Comme la solidarité n'existe que si la loi l'institue (ou si les parties l'ont stipulée), il découle de l'article 143 al. 2 CO qu'il y a dans cette hypothèse une solidarité imparfaite<sup>186</sup>. Dès lors il y a solidarité imparfaite dans tous les cas où les coobligés sont tenus à raison d'une cause semblable (au sens de l'article 51 al. 1 CO), hormis le cas particulier de l'article 50 al. 1 CO. Il est donc évident que le droit positif suisse ne fonde pas la distinction sur l'idée des causes semblables ou différentes au sens de l'article 51 al. 1 CO.

La théorie selon laquelle la solidarité parfaite s'applique lorsque les obligations de réparer reposent sur une cause commune doit être examinée sans la moindre référence à la distinction entre causes différentes et causes semblables faite par l'article 51 al. 1 CO.

A la suite d'une étude approfondie des divers cas de solidarité parfaite, Brühlmann<sup>187</sup> a constaté que l'on retrouve dans tous les cas de

---

<sup>184</sup> Schazmann, *op. cit.*, p. 97/8.

<sup>185</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297.

<sup>186</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 51, note 4 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 51, note 1 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 293/4 et 300/1 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 32 et ss et 35 ; RO 80 II 247 = SJ 1955, p. 389 : La Neuchâteloise c/ Gini et Dürlemann.

<sup>187</sup> Brühlmann, *op. cit.*, p. 63/4.

solidarité au sens large une triple identité : il y a identité du créancier, identité de l'objet de la prestation, et identité du but de la prestation pour le créancier. Les cas de solidarité parfaite se distinguent des cas de solidarité imparfaite par l'existence d'une quatrième identité : l'identité du facteur déclenchant la responsabilité. Il ne s'agit pas de savoir si la cause de l'obligation de réparer est ou non de même nature (contractuelle, aquilienne ou légale), mais de rechercher si la cause est commune.

On a aussi soutenu que l'obligation, sous la forme de la Schuld par opposition à la Haftung, était commune en cas de solidarité parfaite, tandis qu'en cas de solidarité imparfaite, les obligations sont distinctes, mais l'exécution par l'un des coobligés imparfaits éteint d'autant l'intérêt du créancier à la prestation des autres, parce que les diverses prestations tendent à la satisfaction du même intérêt<sup>188</sup>. Ce point de vue rapproche la solidarité parfaite de la corréalité selon laquelle il n'y a qu'une seule obligation avec pluralité de titulaires passifs<sup>189</sup>.

Ces diverses constructions relèvent toutes<sup>190</sup> l'existence d'un élément commun supplémentaire dans les cas de solidarité parfaite, à savoir un rapport particulier entre les coresponsables. Nul n'est cependant parvenu à dégager exactement la caractéristique de ce rapport spécial. On rejoint ici l'objection d'Oftinger : sait-on ce que l'on entend exactement par cause commune<sup>191</sup> ?

En-dehors des constructions doctrinales controversées, on peut envisager de donner plusieurs sens au terme de « cause commune ».

a) On pourrait croire tout d'abord qu'il y a cause commune lorsque le fondement de l'obligation des divers responsables est de même nature (responsabilité aquilienne, contractuelle ou légale). Nous venons de voir que cette interprétation doit être écartée, puisqu'il y a en principe solidarité imparfaite aussi bien en cas de causes semblables que de causes différentes au sens de l'article 51 al. 1 CO<sup>192</sup>.

b) La communauté de cause pourrait n'être créée que par un accord de volontés des coobligés sur la nature de leurs rapports face au lésé. Cette construction doit aussi être écartée, parce que la solidarité par-

---

<sup>188</sup> Brühlmann, *op. cit.*, p. 57.

<sup>189</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 678 ; Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, art. 143-150, Vorbemerkung, note 9 ; Becker, *op. cit.*, die Solidarität, art. 143-150, Vorbemerkung, note 8.

<sup>190</sup> Ces nombreuses théories ont été étudiées par : Stucki, *op. cit.*, p. 21 et ss ; Jansen, *op. cit.*, p. 34 et ss.

<sup>191</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297.

<sup>192</sup> Becker, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 8.

faite peut découler en droit positif suisse non pas seulement de la volonté des parties, mais aussi de la loi (article 143 al. 2 CO).

c) Il n'y a pas non plus à exiger une collaboration consciente dans le comportement dommageable, puisque des usagers de la route qui ne se sont nullement concertés, même tacitement, sont tenus solidairement (art. 60 al. 1 LCR). D'ailleurs, si l'on voulait concevoir d'une manière très abstraite la collaboration consciente, il y aurait toujours solidarité parfaite, puisque chacun doit prévoir la possibilité qu'une autre personne soit aussi responsable d'un même dommage<sup>193</sup>.

d) Oftinger avait critiqué le fait qu'il y avait solidarité parfaite entre détenteurs de véhicules automobiles, et non pas entre un automobiliste et un exploitant de chemin de fer<sup>194</sup>. La nouvelle loi sur la circulation routière a supprimé cette prétendue anomalie en instituant la solidarité de toutes les personnes qui ont engagé leur responsabilité dans un accident de la circulation (art. 60 al. 1 LCR)<sup>195</sup>. Non seulement il y a là des hésitations qui ne peuvent que donner raison à Oftinger, mais on a enlevé un élément commun que l'on retrouvait dans tous les cas de solidarité parfaite : la solidarité parfaite ne présuppose même plus que tous les coresponsables soient tenus à raison de la même disposition légale.

Le problème ne fait d'ailleurs que devenir plus complexe, parce que l'on ne voit pas quelle communauté peut exister entre le détenteur d'un animal et l'automobiliste par exemple !

Face à l'impossibilité de déterminer ce qu'il faut entendre par « cause commune », on comprend que la loi n'ait pas pu donner, dans une formule générale, le trait caractéristique de la solidarité parfaite.

On ne peut pas pour autant conclure, comme le fait Oftinger<sup>196</sup>, que la distinction est arbitraire, et devrait donc, de lege ferenda, disparaître de notre ordre juridique.

Le problème doit être porté un peu plus loin. S'il n'existe aucun critère matériel bien tranché, maniable par chacun et qu'on s'en remet à chaque fois à la volonté du législateur, cela ne signifie pas pour autant que la solidarité parfaite n'ait aucune raison d'être. Nous avons vu que

---

<sup>193</sup> Capitant, *op. cit.*, p. 37.

<sup>194</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297.

<sup>195</sup> Si un responsable aquilien est tenu en concours, on lui appliquera l'alinéa 3 de l'art. 60 LCR. Il sera néanmoins solidaire des autres pour sa part.

<sup>196</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297.

le législateur n'institue pas la solidarité d'une manière arbitraire, mais essaye de suivre une idée directrice : la solidarité parfaite est réservée aux cas où il existe un rapport de communauté caractéristique entre les responsables.

Dans le cas de la solidarité stipulée (art. 143 al. 1 CO), le rapport spécial existant entre les codébiteurs est évident et découle de leur propre volonté. En s'engageant solidairement face au créancier, les codébiteurs ont voulu renforcer les droits de ce dernier en constituant une communauté dont les membres ont choisi d'être interchangeables, d'une certaine manière, dans la mesure de leur obligation respective.

Dans le cas de l'article 50 al. 1 CO, les débiteurs n'ont pas manifesté la volonté de faire front commun face au lésé. Comme chacun a eu conscience de participer volontairement à une action collective, chacun assume non seulement les conséquences de son acte propre, mais encore celles des actes d'autrui qu'il a acceptés.

On peut rapprocher de cette hypothèse tous les cas où la loi institue la solidarité parfaite entre les parties conjointes à un contrat, entre les membres d'un organe ou d'une société. Il s'agit de tenir compte ici de la réalité psychologique et des avantages que constitue une association avec autrui. Il y a entre les débiteurs solidaires un intérêt évident à l'association. On peut retirer des avantages énormes d'une coopération avec autrui, mais il est juste, en contre-partie, que l'on serre les rangs également face aux risques. Dans le cas des membres d'un organe de société, il y a aussi un devoir de surveillance mutuelle qui oblige à serrer les rangs en cas de dommage.

Dans l'hypothèse de l'article 60 al. 1 LCR, le rapport de communauté est beaucoup plus abstrait. Tous ceux qui tirent profit d'un engin dangereux sur la chaussée forment une communauté d'intérêts et doivent serrer les rangs face à ceux qui sont bien obligés d'employer aussi la voie publique et qui ne créent aucun danger spécial. On peut s'étonner que le législateur ait jugé suffisante une communauté d'intérêts entre des personnes qui ne se connaissent même pas et n'ont en aucune façon accordé leur comportement respectif. La solution adoptée devient pratiquement inexplicable, lorsqu'on songe que la solidarité de l'article 60 al. 1 LCR englobe tous les responsables d'un accident de la circulation, même si la responsabilité de tel ou tel responsable ne se fonde pas sur le risque inhérent à un véhicule automobile ou à un chemin de fer. La communauté inclut finalement tous les usagers de la route, même s'ils ne sont pas tenus à raison du risque créé, ou simplement d'une norme de responsabilité causale (sous réserve de l'alinéa 3 de l'article 60 LCR).

On observe à ce sujet une évolution intéressante vers une conception toujours plus large de la notion de communauté. A mon sens, trois facteurs concourent pour produire ce phénomène :

— Il y a tout d'abord la multiplication des responsabilités causales. Une telle responsabilité est fondée sur la corrélation des profits et des risques, et ne recule pas devant une responsabilité pour le fait d'autrui. La communauté d'intérêts peut être d'autant plus abstraite que la responsabilité ne repose pas sur la faute ou même les représentations subjectives.

— Il y a ensuite un développement de la notion de solidarité sociale. L'individualisme est en régression, et l'on considère de plus en plus qu'un risque doit être supporté par une collectivité d'intéressés. Du point de vue moral, on étend toujours plus loin le cercle des personnes considérées comme responsables d'un acte donné, et l'on attend d'elles qu'elles s'aident mutuellement et mettent leurs risques en commun.

— Enfin, le sens profond de la solidarité s'est peut-être affaibli. L'élément communautaire est la condition de la solidarité, et celle-ci a pour effet de favoriser le lésé, en raison même de l'existence du lien communautaire. L'effet semble parfois être devenu une raison d'être en soi, de sorte que l'on institue la solidarité lorsqu'on juge bon de renforcer les droits du lésé, en perdant de vue l'élément communautaire.

La raison d'être de la solidarité parfaite est l'existence d'un certain rapport de communauté entre les codébiteurs. Cependant, il s'agit finalement d'une question d'intensité : à partir de quel degré la communauté que l'on peut percevoir entre les responsables peut-elle être jugée suffisante pour entraîner la solidarité parfaite ? On comprend qu'une telle question de nuances doive être laissée à l'appréciation du législateur. Il n'empêche, vu l'impossibilité de préciser le critère, que le choix du législateur, dans tous les cas-limite, donne une fâcheuse impression d'arbitraire.

### CHAPITRE III

## EFFETS DE LA DISTINCTION

Nous avons vu que le législateur institue la solidarité parfaite lorsqu'il existe un lien communautaire suffisamment étroit entre les coresponsables. Avant de discuter l'opportunité de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, il convient de rechercher quelles sont les conséquences pratiques de cette distinction telle qu'on l'admet aujourd'hui. Il s'agit de savoir en quoi le traitement de la pluralité de responsables est différent s'il y a solidarité parfaite plutôt que solidarité imparfaite. S'il n'y a aucune différence, la distinction est sans effet, donc sans intérêt pratique. S'il y a des différences, il faut les étudier une à une, pour voir dans quelle mesure elles sont justifiées par l'existence du lien communautaire dans le cas de la solidarité parfaite. Toute distinction qui ne serait pas en rapport avec ce lien serait arbitraire, puisqu'elle instaurerait un traitement différencié, sans qu'une différence dans la nature des cas ne le justifie.

L'importance pratique des effets de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, ainsi que leurs rapports logiques plus ou moins étroits avec le lien communautaire typique de la solidarité parfaite, nous donneront des éléments utiles pour apprécier l'opportunité de la distinction.

La loi traite de la solidarité parfaite aux articles 143 et ss CO, ainsi qu'à l'article 50 CO. En revanche, la solidarité imparfaite n'est pas régie par la loi. Comme le seul article qui envisage un cas de solidarité imparfaite, l'article 51 CO, renvoie « par analogie » aux règles de la solidarité parfaite à raison de la « faute commune » pour tout ce qui concerne les recours, il y a lieu de penser à première vue qu'il n'existe pas de différence entre les deux institutions sur le plan des rapports internes, c'est-à-dire des rapports entre coresponsables.

S'il peut y avoir des recours sur le plan interne en cas de solidarité imparfaite, cela signifie que le lésé peut choisir le coresponsable qu'il

entend rechercher<sup>197</sup>, et que la réparation ne peut intervenir qu'une fois. La réparation complète éteint les droits du lésé, et le coresponsable qui a dû payer en raison du choix du lésé peut envisager des actions récursoires contre les autres, à l'effet d'obtenir une attribution et distribution en équité du fardeau de la réparation entre les coresponsables<sup>198</sup>. C'est donc tout le principe de la solidarité au sens large qui est repris, de sorte que la réglementation de la solidarité parfaite peut en principe être appliquée par analogie.

Comme il existe, en cas de solidarité parfaite, un lien communautaire entre les coresponsables que l'on ne retrouve pas dans la solidarité imparfaite, il doit y avoir des particularités dans la réglementation de la solidarité parfaite qui découlent de l'existence de ce lien, et que l'on n'aurait pas établies si l'on raisonnait sur un simple concours d'actions sans rapports spéciaux entre les coresponsables.

Le refus d'une répartition sur le plan externe en cas de concours d'actions découle de l'indépendance complète des obligations qui veut que le fait d'un tiers ne soit en principe pas un motif de réduction de la prestation due. Si l'on raisonne uniquement sur l'indépendance d'obligations tendant à satisfaire le même intérêt du créancier, on constate que l'on peut reprendre, par une simple opération logique, toutes les dispositions légales régissant la solidarité parfaite, à l'exception de celle qui prévoit la subrogation dans les droits du lésé (art. 149 al. 1 CO) et de celle qui prévoit l'effet interruptif général de la prescription (art. 136 al. 1 CO).

Il n'est cependant pas exclu que ces deux dernières règles, qui ne sauraient découler logiquement de l'indépendance des obligations, puissent être également reprises dans les cas de solidarité imparfaite. Il faut pour cela revenir à l'article 143 al. 2 CO. Si l'on peut admettre que le champ d'application de cette disposition s'étend aussi au domaine de la responsabilité civile, on doit constater qu'il y a répartition sur le plan externe, sauf si les coobligés adoptent la solidarité ou si la loi

---

<sup>197</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 303/4 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 51, note 1 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 61/2 ; RO 33 II 508 : Senn et Hagmann c/ Zneichen ; RO 35 II 36/7 = JT 1909, p. 406 : Danioth c/ Entrepr. électr. Jona ; RO 35 II 544/5 : Sie des chemins de fer de Paris à Lyon c/ Guibentit ; RO 36 II 98 : Cie gén. de navigation c/ Chatelanat ; RO 36 II 121 : Spinedi c/ Vermena ; RO 36 II 482 : CFF c/ Sté d'Entrepr. du Tunnel du Simplon ; RO 38 II 622 : Hoirs Bertherat et Corbet c/ Hoirs Hugon ; RO 58 II 441 : Etat de Neuchâtel c/ Commune de Fleurier et Gaille ; RO 59 II 369 : Héritiers Hess c/ Descoedres ; RO 77 II 150 = JT 1952, p. 450 : Heldner c/ Benelli ; RO 89 II 122 = JT 1964, p. 424 : Delavy c/ Bonjean ; RO 93 II 329 = JT 1969, p. 130 : Evers & Co c/ Bank für Handel und Effekten A.G.

<sup>198</sup> C'est le mécanisme de la solidarité au sens large. Cf. *supra*, I, § 2, A, d.

la prévoit. On ne voit pas qu'il soit nécessaire que la loi emploie expressément le mot de solidarité<sup>199</sup>, il devrait suffire que l'ordre juridique adopte même implicitement le système de la responsabilité de chacun pour le tout (art. 143 al. 1 CO). Toutes les normes des responsabilités qui se réfèrent à la causalité adéquate et tous les principes qui excluent d'une autre manière la répartition externe (notion de concours d'actions qui tendent au même but), adoptent précisément le système de la solidarité au sens large par opposition à celui de la division externe. Cette interprétation qui n'est pas reçue par la doctrine et la jurisprudence permettrait d'appliquer aussi bien à la solidarité imparfaite qu'à la solidarité parfaite toutes les règles posées par la loi sous le mot solidarité. Cette construction ouvrirait bien entendu la voie à une abolition de la distinction.

On peut parvenir à la même solution si l'on pose que l'article 143 CO s'applique exclusivement au domaine contractuel. En effet, si la règle selon laquelle la solidarité ne se présume point n'existe qu'en matière contractuelle, on devrait admettre que la solidarité, par opposition au régime de la division externe, est la règle générale pour tous les cas de pluralité de responsables même si la loi ne parle pas de solidarité. La réglementation de la solidarité aurait été formulée par le législateur à l'occasion d'un cas particulier : la solidarité du domaine contractuel.

## § 1. EFFET INTERRUPTIF GÉNÉRAL DE LA PRESCRIPTION.

### A) La règle de l'article 136 al. 1 CO.

L'article 136 al. 1 CO prévoit que l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des débiteurs solidaires entraîne automatiquement interruption de la prescription à l'égard des autres<sup>200</sup>.

Il importe peu que l'acte interruptif de prescription émane du créancier (action, poursuite, etc.) ou d'un des coresponsables (reconnaissance

---

<sup>199</sup> Engel, *op. cit.*, p. 562 ; RO 89 II 415, 419 = SJ 1964, p. 417, 421 : Minot et consorts c/ Armbruster.

<sup>200</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 51, note 3 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 51, note 1 ; von Tuhr, *op. cit.*, I, p. 365 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297 ; Guhl/Mertz/Kummer, *op. cit.*, p. 55 et 59 ; Engel, *op. cit.*, p. 378/9 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 89 ; Yung, *op. cit.*, in SJ 1933, p. 250 ; Gilliard, *op. cit.*, in RDS 1967, II, 262 ; RO 38 II 219 : Sacchina c/ Bodensee-Toggenburg-Bahn A.G. ; RO 43 II 210 : Affolter c/ Müller ; RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger ; RO 69 II 167 = JT 1943, p. 487 : Dietrich c/ Clerc et Helvetia ; RO 89 II 415 : Dame Minot et consorts c/ Armbruster ; RO 90 II 184 : Veuve Marrer c/ Helvetia-Accidents ; SJZ 29, 117, n° 85.

de dette, acompte, etc.)<sup>201</sup>. Il est également sans importance que les diverses créances soient soumises à des délais de prescription différents<sup>202</sup>.

Cette règle apparaît comme un vestige de la corréalité conçue par certains romanistes du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>203</sup>. Tout se passe comme s'il y avait un seul rapport obligationnel, avec une pluralité de titulaires passifs. Lorsque le créancier dirige son action contre l'un des débiteurs solidaires, la prescription est interrompue à l'égard de tous les autres, comme si le créancier avait exercé une action unique, avec plusieurs débiteurs, de telle sorte que tout ce qui affecte les rapports entre le créancier et l'un des débiteurs affecte automatiquement et de la même manière les rapports entre les autres débiteurs et le créancier. Nous avons vu que le droit suisse rejette cette construction<sup>204</sup> et admet qu'il y a toujours une pluralité d'obligations indépendantes, mais qui tendent au même but, de sorte que le créancier ne peut obtenir satisfaction qu'une seule fois. L'article 136 al. 1 CO institue un mécanisme qui sous-entend une construction rejetée par le droit suisse. Il y a là une contradiction dans les principes qui fait que cette disposition apparaît d'emblée comme étrangère à notre ordre juridique.

L'article 136 al. 1 CO se trouve en contradiction avec l'article 146 CO qui prévoit qu'aucun des débiteurs solidaires ne peut aggraver la situation des autres par son fait personnel. Il est bien évident que si l'un des débiteurs solidaires reconnaît sa dette, il empêche du même coup les obligations des autres de se prescrire. On doit donc considérer l'article 136 al. 1 CO comme une exception au principe de l'article 146 CO<sup>205</sup>. Notre droit positif a expressément consacré la théorie selon laquelle les obligations solidaires sont des obligations indépendantes qui ont chacune leurs exceptions propres (art. 145 al. 1 CO), et qui peuvent s'éteindre séparément (art. 147 al. 2 CO). Même en dehors du chapitre consacré aux obligations solidaires, le législateur, dans une disposition proche de l'article 136 CO, a consacré le principe selon lequel la renonciation à la prescription par l'un des débiteurs solidaires n'est pas opposable aux autres (art. 141 al. 2 CO). Aussi bien dans la théorie

---

<sup>201</sup> Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 59.

<sup>202</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 136, note 1 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 136, note 2.

<sup>203</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 696/7 ; Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, note 10 ; Becker, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, note 8 ; Engel, *op. cit.*, p. 566.

<sup>204</sup> Becker, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, note 8. Cf. *supra*, I § 2 B ; II § 1 B h.

<sup>205</sup> Von Büren, *op. cit.*, p. 95.

générale de la solidarité parfaite (art. 143 et ss CO) que dans les dispositions consacrées à la prescription en général, la loi, dans plusieurs articles concordants, a montré que ce qui affecte une obligation solidaire ne saurait avoir un effet automatique sur les autres. Il n'y a pas une sorte de représentation *ex lege* des débiteurs solidaires par chacun d'eux. Simplement le désintéressement complet du créancier éteint toutes les dettes puisque, de par leur nature, elles sont d'exécution alternative (art. 147 al. 1 CO). L'article 136 al. 1 CO n'est pas une simple exception à la règle de l'article 146 CO, c'est une disposition en contradiction avec le principe de la solidarité admis par notre droit positif <sup>206</sup>.

Le principe de l'article 136 al. 1 CO ne peut pas s'expliquer logiquement dans la conception suisse de la solidarité, il ne peut résulter que de la volonté délibérée d'avantager le créancier, en lui évitant de devoir accomplir une pluralité d'actes pour interrompre la prescription à l'égard de chacun de ses obligés <sup>207</sup>.

On doit rappeler ici que la solidarité a pour *effet* et non pas pour *but* d'avantager le créancier. Il est logique d'admettre que le lésé ne saurait être désavantagé par le fait qu'il existe une pluralité de responsables et qu'il peut par conséquent s'adresser à chaque débiteur comme si celui-ci était seul responsable à son endroit, jusqu'à épuisement de son droit à réparation. Cette construction absolument logique nous permet de constater que la pluralité de responsables est d'une certaine manière un avantage pour le lésé, puisqu'il peut éviter les conséquences de l'insolvabilité ou de la fuite d'un coresponsable, en s'adressant aux autres. Constatant que cette construction logique conduit à renforcer les droits du lésé en cas de pluralité de responsables, il semble que l'on se soit laissé aller à conclure, par une déviation remarquable, que le système de la solidarité a pour *but* d'avantager le lésé. En voulant délibérément avantager le lésé, on a quitté le terrain de la construction logique et neutre à l'article 136 al. 1 CO. Ce n'est que si la solidarité avait pour but d'avantager le lésé qu'il serait normal de poser le principe de l'effet interruptif général de la prescription. En effet, si cette règle n'existait pas, le lésé devrait agir contre chaque coresponsable pour interrompre la prescription et sauvegarder ainsi ses droits dans l'hypothèse où le responsable qu'il a choisi de rechercher se révélerait malgré tout insolvable.

---

<sup>206</sup> Becker, *op. cit.*, die Solidarität, Vorbemerkung, note 8. Il est vrai que l'art. 145 al. 2 CO semble procéder du même esprit que l'art. 136 al. 1 CO.

<sup>207</sup> Von Büren, *op. cit.*, p. 104/5.

On peut donc critiquer la règle de l'article 136 al. 1 CO <sup>208</sup>, soit parce qu'elle sous-entend une corréalité contraire à tout le système établi par les autres dispositions du Code, soit parce qu'elle tend uniquement à avantager le créancier et que ce but n'est pas la raison d'être de la solidarité. Force est cependant de reconnaître que cette disposition fait partie de notre droit positif et que la critique ne peut se faire que de lege ferenda.

La doctrine et la jurisprudence admettent que cette disposition ne s'applique qu'à la solidarité parfaite, à l'exclusion de la solidarité imparfaite <sup>209</sup>.

Si l'on voulait supprimer cette différence de traitement entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite sans modifier la loi, on ne pourrait le faire qu'en appliquant dans tous les cas la règle de l'effet interruptif général de la prescription, contenue clairement à l'article 136 al. 1 CO. C'est ce que préconisent plusieurs auteurs <sup>210</sup>.

#### B) *Le principe s'explique-t-il par la ratio de la distinction ?*

Nous venons de voir que le principe de l'effet interruptif général de la prescription ne s'applique qu'aux cas de solidarité parfaite. Il y a lieu de se demander maintenant pourquoi il a été jugé bon de faire une distinction sur ce point entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite. Il s'agit notamment d'examiner si cette différence de traitement est justifiée par la caractéristique des cas de solidarité parfaite, en regard des cas de solidarité imparfaite, c'est-à-dire par l'élément communautaire.

L'article 136 al. 1 CO parle de « débiteurs solidaires ». Il fait ainsi allusion à la solidarité des articles 143 et ss, la seule que la loi envisage en parlant de solidarité. On sait cependant que les règles de la solidarité parfaite s'appliquent en principe par analogie à la solidarité imparfaite. A première vue, on ne voit pas pourquoi la règle ne pourrait pas être appliquée également à la solidarité imparfaite, comme plu-

---

<sup>208</sup> Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 59.

<sup>209</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 136, note 2 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 136, note 4 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297 et ses références ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55 ; Engel, *op. cit.*, p. 378/9, 567 ; Stucki, *op. cit.*, p. 18/9 ; RO 43 II 211 : Affolter c/ Müller ; RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger Helvetia ; RO 89 II 419 : Dame Minot et consorts c/ Armbruster.

<sup>210</sup> Von Büren, *op. cit.*, p. 104/5 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 296 et ss ; Gilliard, *op. cit.*, 287 ; Jansen, *op. cit.*, p. 108/9.

sieurs autres dispositions qui emploient les mêmes termes de « débiteurs solidaires » (cf. art. 141 al. 2, 144 al. 1, 145 al. 1, 146, 147 al. 1 CO, etc.).

On constate donc que la loi pose la règle de l'effet interruptif général de la prescription, mais qu'elle ne dit nullement que ce principe n'est applicable qu'à la solidarité parfaite. Il y a là une création de la doctrine et de la jurisprudence. Il est vrai que l'on ne saurait parvenir à la règle de l'article 136 al. 1 CO si, en l'absence de dispositions légales, on raisonne logiquement sur la notion du concours d'actions tendant au même but. Cependant, on pourrait admettre que la solidarité (parfaite ou imparfaite), par opposition à la division sur le plan externe, est toujours régie par les règles du CO concernant la solidarité.

On remarquera aussi que la loi prévoit expressément l'effet interruptif général de la prescription dans certains cas de solidarité imparfaite (art. 83 al. 2 LCR ; 39 al. 2 Lcond). De telles dispositions seraient inutiles si l'article 136 al. 1 CO avait une portée non limitée à la solidarité parfaite.

Les raisons qui ont pu inciter à réduire le champ d'application de l'article 136 al. 1 CO à la seule solidarité parfaite sont nombreuses.

a) L'effet interruptif général de la prescription est contraire, comme nous l'avons vu, à la conception suisse de la solidarité au sens large. Il entraîne également, nous y reviendrons, des conséquences pratiques critiquables. Au moment où l'on posait les bases d'une institution distincte de la solidarité parfaite, la tentation devait tout naturellement être de réduire le champ d'application d'une norme critiquable, en ne la reprenant pas dans la nouvelle institution.

b) Pour que l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des obligés puisse avoir effet à l'égard des autres, il faut en quelque manière supposer que les coobligés forment une entité étroitement unie, de sorte que l'on s'attende à ce que tous les coobligés soient informés par celui dont les droits ont été touchés par l'acte interruptif de prescription. C'est précisément dans les cas de solidarité parfaite, par opposition à ceux de solidarité imparfaite, qu'il existe un lien communautaire unissant les codébiteurs.

c) Le principe de l'article 136 al. 1 CO avantage le créancier, puisqu'un seul acte suffit pour interrompre toutes les prescriptions. Or, ceux qui s'engagent solidairement entendent renforcer par là les droits du lésé. Ceux qui ont agi collectivement ont eu une efficacité supérieure, et il peut paraître juste qu'en contre-partie, ils restent unis face au créancier. Quant aux responsables à raison du risque, les malaimés du droit moderne, on peut attendre d'eux qu'ils s'unissent pour assurer la répa-

ration dans les meilleures conditions possibles, lorsque le risque s'est réalisé ; c'est une des contre-parties à l'autorisation d'une activité dangereuse. Nous observons que c'est exclusivement dans les cas de solidarité parfaite que le besoin de renforcer les droits du lésé se fait sentir. Dans les cas de solidarité imparfaite, il n'y a pas lieu de s'écarter d'une construction logique et neutre.

Nous allons reprendre ces arguments un à un pour montrer qu'ils ne sauraient justifier une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite sous l'angle de l'interruption de la prescription.

a) Créer une distinction pour réduire la portée d'une norme critiquable est inadmissible, lorsque le critère de la distinction est sans rapport avec le problème réglé par la norme en question. Il est arbitraire que des débiteurs parfaitement solidaires pâtissent de l'article 136 al. 1 CO, tandis que des débiteurs imparfaitement solidaires y échappent, sans que le critère de distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite ne justifie en aucune mesure un traitement différencié sous l'angle de l'interruption de la prescription.

b) Le fait qu'il ait existé une communauté entre les coresponsables au moment de la survenance du dommage ne signifie en aucune façon que cette communauté subsistera au moment de l'action du lésé, de telle sorte que le débiteur recherché avise nécessairement les autres. Il y a là une construction artificielle qui ignore complètement la réalité chronologique. L'unité dans l'accomplissement de l'acte dommageable n'implique en aucune façon que les coresponsables vont faire cause commune dans le procès en réparation. Ce n'est que dans le cas de la solidarité stipulée que l'on peut admettre, eu égard à la liberté contractuelle, que les codébiteurs aient pu vouloir un inconvénient aussi inique.

c) Il est faux de dire que le but de la solidarité est d'avantager le lésé. Il n'appartient pas au droit civil de pénaliser les actions collectives (art. 50 CO) en imposant aux coresponsables des désavantages illogiques. Dans le cas des responsabilités causales, le risque créé ne doit pas représenter un épouvantail tel que l'on en vienne à charger le responsable de tous les inconvénients imaginables. D'ailleurs même si le but de la solidarité parfaite était d'avantager le lésé, l'avantage pour le créancier serait hors de proportion avec les inconvénients pour les débiteurs.

Nous voulons pour preuve de ce que cette différence de traitement n'est pas imposée par la nature des cas de solidarité parfaite et imparfaite le fait que la loi elle-même, pour avantager le lésé, admet l'effet

interruptif général dans des cas de solidarité *imparfaite* (art. 83 al. 2 LCR ; 39 al. 2 Lcond) !

Nous concluons donc, avec la doctrine citée<sup>211</sup>, qu'une différence de traitement sous cet angle entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite n'est pas justifiée et devrait disparaître.

### C) Critique de la règle.

Nous venons de voir qu'il n'y a pas lieu, dans le domaine de la responsabilité civile du moins, de faire une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite sous l'angle de l'interruption de la prescription. Pour établir un traitement unique, il faudrait soit appliquer l'article 136 al. 1 CO dans tous les cas<sup>212</sup>, soit ne jamais l'appliquer. Cette dernière voie suppose une révision législative pour abolir cette disposition expresse de la loi.

Le principe de l'effet interruptif général de la prescription présente un avantage certain pour le créancier : par un seul acte interruptif, il interrompt toutes les prescriptions. On lui évite ainsi de devoir accomplir une pluralité d'actes.

Nous avons vu que cette règle est critiquable sous l'angle des principes, parce qu'elle sous-entend un retour à la corréalité que notre droit a précisément voulu rejeter. La prescription est un élément propre à chaque obligation ; s'il y a pluralité d'obligations distinctes, il doit y avoir une pluralité de prescriptions dont le sort est distinct. On ne voit d'ailleurs pas pourquoi, du point de vue logique, l'interruption devrait avoir effet général, mais pas la suspension ou la renonciation (art. 141 al. 2 CO). La communauté qui a existé parfois entre les coresponsables au moment de la naissance de l'obligation ne signifie nullement qu'elle va durer jusque dans l'action en réparation et qu'elle va permettre à chaque coresponsable de savoir si un autre est recherché. La solidarité au sens large n'a pas pour but de favoriser le lésé par tous les moyens ; il s'agit simplement de tenir compte équitablement de la chance que constitue pour le lésé le fait qu'il y a une pluralité de débiteurs tenus à la même prestation. C'est aussi une chance pour les coresponsables qui pourront se répartir, sur le plan interne, le fardeau de la réparation. Il s'agit d'une institution logique et équitable qui ne procède pas de la volonté délibérée d'avantager systématiquement le lésé. Même la solidarité stipulée n'a pas d'autre signification

---

<sup>211</sup> Cf. *supra*, note 210.

<sup>212</sup> Cf. *supra*, note 210.

que de remplacer la division par têtes par la responsabilité de chacun pour le tout. L'avantage pour le créancier n'a aucune raison d'aller au-delà. Si l'on avait voulu avantager systématiquement le créancier, il aurait été encore plus utile de donner autorité de chose jugée pour tous les codébiteurs à la condamnation intervenue contre l'un d'eux<sup>213</sup>.

Sous l'angle strictement pratique, l'avantage accordé au créancier apparaît disproportionné en regard des inconvénients qu'il implique pour les codébiteurs. Pour tous les motifs qui justifient l'institution de la prescription, il est nécessaire que chaque débiteur soit informé dans un délai raisonnable de l'intention du créancier de recouvrer sa prestation. On ne peut exiger d'aucun débiteur qu'il conserve éternellement ses moyens de preuve. Si le créancier ne réagit pas dans un délai raisonnable, le débiteur doit pouvoir compter sur la situation acquise. Comme il est parfaitement possible qu'un coresponsable ait tout ignoré des poursuites intentées contre un autre, il pourra, avec le principe de l'article 136 al. 1 CO, être recherché très longtemps après la naissance de l'obligation, à un moment où il pouvait se croire au bénéfice de la prescription, assuré impérativement par la loi.

Il est vrai que le même phénomène de prolongation de la prescription à l'insu de l'intéressé peut se produire également avec le jeu des actions récursoires qui ont leur propre délai de prescription à partir de la réparation effective<sup>214</sup>. Cependant, une disposition critiquable ne saurait en justifier une autre.

Les règles générales ou spéciales sur la prescription, qui prennent en considération le moment de l'acte dommageable, le moment de la connaissance certaine du dommage et du responsable, et qui se réfèrent à une éventuelle prescription pénale sont suffisamment nuancées pour protéger les droits du lésé. Il est d'ailleurs suffisamment simple et peu coûteux d'interrompre la prescription en notifiant à chaque corespon-

---

<sup>213</sup> Le jugement intervenu à l'encontre de l'un des coresponsables ne déploie effet qu'entre les parties. Il n'y a pas à distinguer sous cet angle entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite. Becker, *op. cit.*, ad art. 144, note 4 ; Engel, *op. cit.*, p. 566 ; Kummer, *op. cit.*, p. 173 et ss ; Guldener, *op. cit.*, p. 308 et 310 et ss ; Beck, *op. cit.*, ad art. 502, n. 22 ; RO 57 II 522 = JT 1932, p. 434 ; Estermann c/ Anderhalden ; RO 69 II 176 = JT 1943, p. 487 ; Dietrich c/ Clerc et Helvetia ; RO 93 II 329 = JT 1969, p. 130 : Evers & Co c/ Bank für Handel und Effekten A.G.

*Contra* : Oftinger, *op. cit.*, I, p. 315/6.

<sup>214</sup> L'action récursoire est une action distincte de l'action principale. Elle a son propre délai de prescription qui commence à courir dès le moment de la réparation effective. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 314 et ss ; RO 43 II 518 : Hürli-mann c/ CGTE et Bernard ; RO 55 II 314 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger ; RO 89 II 118 = JT 1964, p. 424 (indécis) : Delavy c/ Bonjean.

sable un commandement de payer. On ne doit pas, pour éviter au lésé une aussi simple formalité, adopter une règle illogique, qui est de nature à causer un grave préjudice aux débiteurs <sup>215</sup>.

Nous préconisons donc, le *lege ferenda*, l'abolition de l'article 136 al. 1 CO.

Par ailleurs, aucune distinction sous cet angle entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite n'est justifiable. On ne saurait donc croire que l'on a institué la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite pour la doter d'une différence de traitement aussi discutable et sans rapport avec le critère de distinction.

## § 2. LA SUBROGATION.

### A) *Principe général.*

L'article 149 al. 1 CO dispose : « le débiteur solidaire qui jouit d'un recours est subrogé aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé. »

La subrogation est une cession légale, c'est-à-dire que les droits du créancier sont transférés par le seul effet de la loi à la personne subrogée <sup>216</sup>. Il existe plusieurs dispositions légales qui instituent des subrogations <sup>217</sup>.

Dans le domaine de la solidarité, il convient de distinguer soigneusement le droit de recours et la subrogation.

---

<sup>215</sup> Dans le même ordre d'idées, on ne saurait admettre, pour des raisons logiques et pratiques, que la découverte de l'insolvabilité d'un coresponsable constitue un dommage nouveau et fasse courir de ce fait un nouveau délai de prescription contre les autres.

<sup>216</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 110, notes 10 et 11 et ad art. 166, note 2 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 149, note 1 et ad art. 110, note 1 ; von Büren, *op. cit.*, p. 100 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 60 et 246/7 ; Engel, *op. cit.*, p. 381/2 et 567 ; Hüppi, *op. cit.*, p. 50 ; Jaeger, *op. cit.*, II, ad art. 72, note 8.

<sup>217</sup> Art. 110, 70 al. 3, 401, 507 al. 1, 1062 al. 1, 1098 al. 1, 1022 al. 3, 1143 ch. 7 CO ; art. 827 al. 2 CC ; art. 54 al. 1 et 72 LCA ; art. 100 LAMA ; art. 49 LAM ; art. 52 al. 1 LAI ; RO 60 II 178 = JT 1934, p. 589 ; Haus c/ Graber ; RO 72 II 67 : SA des produits Cira c/ Ruttiman ; RO 86 II 24 : Assoc. des syndicats autonomes genevois c/ Fédération des ouvriers du bois et du bâtiment.

La subrogation est une variété de cession légale de créance. Les cessions légales des art. 401, 1062, 1098, 1022, 1143 CO et 54 al. 1 LCA ne sont pas des subrogations au sens strict. Cf. Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 246 à 249.

a) *Le droit de recours.*

Nous avons vu que le désintéressement du créancier par l'un des débiteurs solidaires libère les autres de leur obligation à l'endroit du créancier (art. 147 al. 1 CO). Il serait injuste qu'un débiteur solidaire soit libéré uniquement parce que le créancier a choisi de rechercher un autre codébiteur. Le choix arbitraire du créancier ne saurait déterminer qui supportera le fardeau de la prestation<sup>218</sup>. Le débiteur qui a payé peut demander au juge<sup>219</sup> de répartir équitablement ce fardeau entre les codébiteurs. Cette opération de répartition obéit à des critères qui lui sont propres<sup>220</sup>. Le débiteur qui a désintéressé le créancier peut ainsi se voir accorder un recours, pour tout ou partie de sa prestation, contre les autres codébiteurs. Le droit de recours porte sur une somme déterminée à l'égard de chaque coresponsable, parce qu'il n'y a pas de solidarité sur le plan de la répartition interne<sup>221</sup>.

Le droit de recours est un droit propre du débiteur qui a payé. Son existence et son étendue dépendent exclusivement des règles de partage interne<sup>222</sup>. Le droit naît au moment du désintéressement du créancier, en tout ou partie. Chaque fois que le créancier est désintéressé pour une partie de sa créance, la somme dont il est désintéressé est répartie entre les codébiteurs, et l'on accorde à celui qui a payé les droits de recours nécessaires pour réaliser cette répartition. Le droit de recours est totalement indépendant de la volonté du créancier, celui-ci ne peut pas, par cession ou remise, influencer la répartition interne<sup>223</sup>. Le désintéres-

---

<sup>218</sup> Hartmann, *op. cit.*, p. 33/4 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 58.

<sup>219</sup> Art. 50 al. 2, 51 al. 1 CO. Dans le cas de la solidarité stipulée, la règle est précise et rend inutile le recours au juge (art. 148 al. 1 CO). Les principes directeurs des art. 51 al. 2 CO et 60 al. 2 LCR ont également pour effet de ne pas rendre indispensable le recours au juge.

<sup>220</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 148, note 7 ad art. 51, note 6 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 148, note 3 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 306 et 313 ; Engel, *op. cit.*, p. 380-3 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 33/4 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 58.

<sup>221</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 148, note 7 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 148, note 3 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 313.

<sup>222</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297/8 ; Yung, *op. cit.*, in SJ 1933, p. 250 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 285/6 ; Engel, *op. cit.*, p. 382 ; RO 36 II 482 : CFF c/ Sté d'Entreprise du Tunnel du Simplon ; RO 55 II 313 = JT 1930, p. 270 : Dame Häberlingold c/ Flückiger ; RO 89 II 118 = JT 1964, p. 424 : Delavy c/ Bonjean.

<sup>223</sup> Il a été jugé que l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO est impératif pour le lésé. L'introduction de cette disposition en 1911 avait notamment pour but d'empêcher l'assureur de recourir contre tout autre responsable, en prévoyant dans la police une cession de droit comme condition de ses prestations. On admet aujourd'hui, d'une manière toute générale, que le lésé ne peut influencer la répartition interne, ni en cédant sa créance au débiteur qui a payé, ni en procédant à une remise de dette en faveur d'un codébiteur. S'il y a eu transaction, on ne considère que le désintéressement effectif, la renon-

sement du créancier, lié au phénomène de l'effet extinctif général du paiement, fonde le droit de recours, destiné à opérer une répartition équitable du fardeau de la prestation entre les codébiteurs.

Le créancier récursoire dispose donc d'un droit propre, et il n'est en aucune façon le cessionnaire des droits du créancier principal.

#### b) *La subrogation.*

Lorsque la loi institue une subrogation, les droits du créancier subrogé sont transférés ex lege au subrogataire. Celui-ci acquiert donc très exactement tout ou partie des droits du précédent créancier, avec leurs accessoires et leurs exceptions<sup>224</sup>. La prescription continue de courir, et n'est pas interrompue par le transfert<sup>225</sup>.

On se trouve en présence d'une forme de cession de créance : tout le rapport obligationnel est transféré ex lege au subrogataire. Ce changement du titulaire actif s'opère de par la loi, sans intervention du précédent créancier. Il n'y a ni exigence de forme (cf. art. 166 CO), ni garantie par le créancier subrogé de l'existence de la créance ou de la solvabilité du débiteur (cf. art. 173 al. 3 CO). Hormis ces deux particularités de la cession légale, on peut appliquer sans distinction les règles générales de la cession de créance (art. 167 et ss CO)<sup>226</sup>.

#### c) *Les rapports entre droit de recours et subrogation.*

Si la loi prévoit une subrogation en faveur du créancier récursoire, celui-ci dispose à la fois d'un droit propre de recours, et des droits du créancier principal qui lui sont transférés ex lege. Bien que certains auteurs aient pensé que la subrogation excluait le droit propre de recours, la doctrine dominante estime que les deux notions ne sont

---

ciation du créancier est assimilée à une remise de dette et n'a pas d'effet sur les droits des créanciers récursoires. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 329/30 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 40 et 75 et ss ; Gilliard, *op. cit.*, p. 287 ; Engel, *op. cit.*, p. 567 ; RO 60 II 218 = JT 1935, p. 43 : La Dixence S.A. c/ Dayer ; RO 45 II 645 = JT 1920, p. 264 : Emmenthalischer Mobiliarversicherungsgesellschaft c/ Bernische Kraftwerke ; RO 80 II 252 = JT 1955, p. 316 : La Neuchâteloise c/ Gini et Durlmann ; SJZ 37, p. 365 ; SJZ 45, p. 170.

<sup>224</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 110, note 11 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 110, notes 4 et 8 ; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 249/50. L'effet de transfert s'applique aussi au droit de gage légal du lésé sur la prestation de l'assureur responsabilité civile. Il implique aussi que le créancier récursoire peut invoquer l'autorité de chose jugée du jugement obtenu par le lésé à l'encontre du débiteur récursoire. Gilliard, *op. cit.*, p. 285/6 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 92 ; RO 84 II 393 = JT 1959, p. 253 : CNS c/ Pochelon, Eberhart et Alpina.

<sup>225</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 338.

<sup>226</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 338.

pas antinomiques, et que la subrogation double le droit de recours<sup>227</sup>. La première question est toujours de savoir si et dans quelle mesure le débiteur qui a payé dispose d'un droit de recours contre un autre codébiteur. Si l'on conclut à l'existence d'un tel droit, et seulement dans ce cas-là, il convient de se demander si le législateur n'a pas institué une subrogation en faveur du créancier récursoire.

Si le droit propre et le droit légalement transféré coexistent, le problème des rapports entre les deux droits doit être réglé. Comme le créancier principal ne peut influencer le partage interne du fardeau de la prestation entre les codébiteurs, c'est le droit de recours seul qui mesure l'étendue des droits du créancier récursoire. La subrogation ne peut intervenir que s'il existe un droit de recours, et elle ne s'opère que dans la mesure de ce droit<sup>228</sup>. Le droit de recours peut être plus étendu que le droit transféré, mais il ne peut être moindre<sup>229</sup>.

Dans ces conditions, il semble suffisant de raisonner sur le droit propre et l'on peut se demander quelle est l'utilité pratique de la subrogation.

L'avantage pratique de la subrogation réside dans le fait qu'elle met le subrogataire au bénéfice des droits accessoires qui garantissaient la créance principale<sup>230</sup>. Le droit de recours est garanti par les droits

---

<sup>227</sup> Cette controverse a été étudiée par Oftinger, *op. cit.*, I, p. 298, note 7 (voir ses références). Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 149, note 2; Becker, *op. cit.*, ad art. 149, note 5; von Tuhr, *op. cit.*, p. 702; von Büren, *op. cit.*, p. 99; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 60; Engel, *op. cit.*, p. 381/2, 566/7; Brühlmann, *op. cit.*, p. 142; Glarner, *op. cit.*, p. 88; Hüppi, *op. cit.*, p. 50 et ss.

*Contra* : Jaeger, *op. cit.*, ad art. 72, note 8.

<sup>228</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 703/4; Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 149, note 2; von Büren, *op. cit.*, p. 99.

S'il n'y a eu qu'un désintéressement partiel, la subrogation ne s'opère que proportionnellement à la part éteinte de la créance principale, et seulement s'il n'en résulte par un préjudice pour le créancier principal (*nemo subrogat contra se*). Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 250; Becker, *op. cit.*, ad art. 149, note 9; Hartmann, *op. cit.*, p. 106; RO 96 II 335 = JT 1971, p. 278; Genillard c/ CFF et Via; RO 98 II 129; Toneyzer c/ La Zurich.

<sup>229</sup> Si le créancier récursoire a désintéressé le lésé pour une somme supérieure à son droit de recours, cela signifie qu'il doit supporter définitivement une part du fardeau de la prestation, selon les règles du partage interne. Les droits du lésé qui lui sont cédés ne sauraient donc excéder son droit de recours. Cependant, le créancier récursoire peut toujours recouvrer la totalité de son droit propre, même si les droits du lésé étaient moindres (par exemple parce qu'ils ne comportaient pas le droit au remboursement des frais de l'action récursoire). Von Tuhr, *op. cit.*, p. 703/4.

<sup>230</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 110, note 11 et art. 149, note 2; Becker, *op. cit.*, ad art. 110, notes 4 et 8; Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 60 et 249/50; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 388; von Tuhr, *op. cit.*, p. 702; von Büren, *op. cit.*, p. 99 et 102/3.

accessoires dont bénéficiait la créance principale. Comme les droits accessoires sont rares dans le domaine de la responsabilité civile, on peut en conclure que la subrogation ne présente que fort peu d'intérêt sur ce terrain <sup>231</sup>.

Un problème particulier se pose sur le plan de la prescription. Comme le transfert légal des droits n'interrompt pas la prescription, les droits accessoires continuent de se prescrire, indépendamment du droit propre, qui commence à se prescrire dès le désintéressement effectif (ou éventuellement dès l'entrée en force du jugement de condamnation) <sup>232</sup>. Les droits cédés se prescrivent donc avant le droit de recours, de telle sorte que le créancier récursoire peut être privé du bénéfice de la subrogation <sup>233</sup>. Il est certain que lorsque le droit propre est prescrit, tous les droits du créancier récursoire sont prescrits <sup>234</sup> ; on peut en revanche se demander si les droits accessoires transférés au créancier récursoire ne devraient pas se prescrire simultanément au droit de recours, pour ne pas empêcher la subrogation de produire son effet. Une telle construction, souhaitable du point de vue pratique, peut difficilement s'ériger sur la notion de cession légale. Il faudrait admettre que la subrogation ne s'opère que dans les droits accessoires, et que ceux-ci, devenant les accessoires du droit de recours, ne peuvent plus se prescrire indépendamment de lui.

Un problème particulièrement complexe se pose lorsque le créancier principal a porté atteinte à ses droits, notamment par une remise de dette. Il est bien évident que le créancier principal ne peut disposer du droit de recours, puisqu'il s'agit d'un droit propre et non d'un droit dérivé. C'est d'ailleurs là une conséquence du principe qui veut que le créancier principal ne puisse influencer le partage interne. En revanche,

---

<sup>231</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 298.

<sup>232</sup> Le droit de recours dispose de son propre délai de prescription, de la même durée que le délai du droit principal. Il commence à courir dès le désintéressement effectif. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 311 et 314 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 286 ; RO 43 II 518 : Hürlimann c/ CGTE et Bernard ; RO 55 II 118 = JT 1929, p. 450 : Brandversicherungsanstalt Luzern c/ Hauser ; RO 60 II 30 = JT 1934, p. 268 : Büttig c/ Schindler & CO ; RO 77 II 249 = JT 1952, p. 69 : Brandversicherungsanstalt Luzern c/ Herzog ; RO 89 II 123 = JT 1964, p. 424 (indécis) : Delavy c/ Bonjean ; art. 83 al. 3 LCR.

La prescription court dès la décision de la Caisse nationale et non dès le paiement effectif, lorsqu'on a affaire à cet établissement de droit public. RO 64 II 427/8 = JT 1939, p. 270/1 : Zürich c/ CNA.

Un intéressant arrêt genevois a estimé que la prescription devait courir dès l'entrée en force du jugement condamnant le créancier récursoire, pour ne pas lui permettre de différer le départ de la prescription en retardant son paiement. SJ 1942, p. 133 : Leuba c/ Ruegg et Helvetia.

<sup>233</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 703 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 338.

<sup>234</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 149, note 7.

il peut porter atteinte aux droits qui lui appartiennent en propre ; on ne voit pas dans ce cas comment le créancier récursoire serait subrogé dans des droits que le créancier principal n'a plus au moment de la subrogation. Certains auteurs pensent que si le créancier principal a disposé de ses droits, cela affecte non seulement les droits cédés, mais le droit de recours lui-même ; le créancier principal répond alors envers le créancier récursoire de l'atteinte portée à ses espérances légitimes en application de l'article 149 al. 2 CO et 72 al. 2 LCA <sup>235</sup>.

C'est ainsi que Gilliard propose que la remise de dette ait effet aussi bien sur le plan interne que sur le plan externe. Il estime cependant que le créancier principal, puisqu'il a voulu faire un sacrifice, doit prendre à sa charge la part interne du débiteur libéré <sup>236</sup>. Il y aurait si l'on veut une remise de dette externe, combinée avec une reprise de la dette interne. Si la remise a été communiquée aux autres codébiteurs, elle supprimerait tout droit de recours contre de débiteur libéré. Cette construction est en contradiction avec la réalité psychologique. Si le lésé a voulu libérer un coresponsable à son égard, il n'a pas pour autant voulu prendre à sa charge une part du dommage vis-à-vis des autres. La communication ne saurait suffire à transférer le poids de la libéralité sur les épaules des autres codébiteurs, puisqu'elle n'implique pas qu'ils consentent à l'acte.

Cette construction est également en contradiction avec le principe qui veut que le droit de recours soit un droit propre, existant indépendamment de toute subrogation. Si le législateur a parfois doublé le droit de recours d'une subrogation, c'est pour renforcer les droits du créancier récursoire, par le jeu du transfert des accessoires, et certainement pas pour mettre en péril ses droits.

Il faut donc admettre que le créancier principal peut porter atteinte à ses droits (les art. 149 al. 2 CO et 72 al. 2 LCA obligent à reconnaître cette faculté), mais qu'il ne peut influencer le partage interne, en portant atteinte au droit de recours qui est un droit propre du créancier récursoire, indépendamment de toute subrogation. Le créancier principal peut donc disposer de ses droits accessoires, mais s'il dispose de sa créance principale, l'acte demeure sans effet sur le plan interne, puisque le créancier récursoire peut de toute manière exercer son droit propre de recours. Si le créancier principal a disposé de ses droits accessoires, l'acte a effet aussi bien sur le plan externe que sur le plan interne, mais

---

<sup>235</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 305 (pour l'art. 149 al. 2 CO) ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 344/5 (pour l'art. 72 al. 2 LCA) ; Koenig, *op. cit.*, p. 291 (pour l'art. 72 al. 2 LCA).

<sup>236</sup> Gilliard, *op. cit.*, p. 287/8.

le créancier principal en répond à l'égard du créancier récursoire, en application des articles 149 al. 2 CO et 72 al. 2 LCA<sup>237</sup>.

d) *La règle de l'article 149 al. 1 CO.*

L'article 149 al. 1 CO dispose que « le débiteur solidaire qui jouit d'un recours est subrogé aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé ». On a vu là le second effet de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite : la portée de l'article 149 al. 1 CO est limitée à la solidarité parfaite, sauf disposition contraire<sup>238</sup>. La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite n'influence pas le partage interne, donc les droits de recours<sup>239</sup> ; cependant, le droit de recours ne se double d'une subrogation que s'il y a solidarité parfaite.

B) *Le principe s'explique-t-il par la ratio de la distinction ?*

Il s'agit de voir maintenant si la raison d'être de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite justifie une différence de traitement sous l'angle de la subrogation. Autrement dit, il faut examiner si ce sont les particularités propres aux cas de solidarité parfaite qui seules peuvent justifier l'institution d'une subrogation en faveur du créancier récursoire.

Nous savons que les articles 144 et ss CO sont en principe applicables par analogie à la solidarité imparfaite. Il n'y a rien à la lecture

---

<sup>237</sup> Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 60 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 695, note 92 ; Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 110, note 5 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 149, notes 5 à 8 et 11 ; von Büren, *op. cit.*, p. 102/3 ; RO 44 II 148 = JT 1919, p. 162 ; Spar- und Leihkasse, Bern c/ Bianchi.

<sup>238</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 110, note 3 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 149, note 2 ; von Tuhr, *op. cit.*, p. 706 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 297/8 ; Engel, *op. cit.*, p. 567 et 381 ; Gilliard, *op. cit.*, p. 285/6 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 91/2 ; Stucki, *op. cit.*, p. 18/9 ; Yung, *op. cit.*, in SJ 1933, p. 250 ; RO 36 II 482 : CFF c/ Sté d'Entreprise du Tunnel du Simplon.

<sup>239</sup> L'art. 51 al. 2 CO n'est qu'une règle directrice pour les cas où la solidarité imparfaite est fondée sur des causes différentes. On ne vise qu'une partie des cas de solidarité imparfaite, puisque l'on ne traite pas de la coresponsabilité fondée sur des causes semblables. C'est une règle qui précise le principe général de l'art. 50 al. 2 CO (destiné à un cas de solidarité parfaite), qui est applicable pour tous les cas de pluralité de responsables. Le principe de l'art. 148 al. 1 CO est réservé à la solidarité stipulée. Il n'y a donc pas une différence de traitement liée à la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite au niveau des rapports internes. L'avis énoncé par Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55 est donc erroné.

de l'article 149 al. 1 CO qui permette de penser que cette disposition est réservée exclusivement à la solidarité parfaite. Il est vrai que la règle de l'article 149 al. 1 CO ne découle pas logiquement de la notion de concours d'actions tendant au même but, mais on pourrait admettre que les dispositions du CO sur la solidarité sont applicables à tous les cas de solidarité par opposition au régime de la division sur le plan externe.

Le fait que le législateur ait expressément institué la subrogation dans des cas particuliers de solidarité imparfaite (art. 72 al. 2 LCA, 100 LAMA, etc.) permet de déduire qu'il n'y a pas de subrogation dans les autres cas. La formulation générale de l'article 149 al. 1 CO ne s'applique donc qu'à la solidarité parfaite, sinon diverses dispositions légales seraient inutiles. Certes, on peut objecter qu'il existe parfois des dispositions inutiles, comme les articles 55 al. 2 et 56 al. 2 et 58 al. 2 CO qui sont déjà compris dans l'article 51 al. 2 CO, mais de telles dispositions sont rares et s'expliquent, dans l'exemple cité, par le fait que l'article 51 al. 2 CO a été introduit postérieurement <sup>240</sup>.

La subrogation a pour effet d'avantager le créancier récursoire, puisque celui-ci peut invoquer, en sus de son droit de recours <sup>241</sup>, les droits accessoires qui garantissent la créance principale. Ce bénéfice ne semble être accordé que si le subrogataire a éteint la dette d'autrui et qu'il existe des liens entre le subrogataire et cette personne <sup>242</sup>.

Dans les cas de pluralité de responsables, chacun est tenu envers le lésé, mais le désintéressement ne peut intervenir qu'une seule fois, de sorte que celui qui paie éteint du même coup la dette des autres à l'égard du lésé. On se trouve donc très proche des situations qui appellent ordinairement une subrogation. Cependant, si l'on pose en plus l'exigence de rapports particuliers entre le subrogataire et son débiteur, il faut bien convenir que seule la solidarité parfaite implique en principe une communauté entre les coresponsables.

---

<sup>240</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 328 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 51, note 14 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 43 et ss ; Brühlmann, *op. cit.*, p. 105 et ss.

<sup>241</sup> La subrogation n'implique pas toujours l'existence d'un droit de recours. L'assureur de la responsabilité civile, qui n'est pas un responsable, n'a pas de droit propre, et ne bénéficie que de la subrogation. Il se trouve donc privé de tout droit si l'assuré a fait une remise de dette totale (sous réserve de la responsabilité de l'assuré). Hartmann, *op. cit.*, p. 117/8 ; RO 62 II 181 = JT 1936, p. 526 : Hürlimann c/ Helvetia ; RO 63 II 143 = JT 1957, p. 522 : Ville de Zurich c/ Unfallversicherungsverband Schweizer Metzgermeister ; RO 79 II 407 = JT 1954, p. 489 : Helvetia c/ Oppliger.

<sup>242</sup> Que l'on songe ici à la disposition générale sur la subrogation : l'art. 110 CO, ainsi qu'à l'art. 507 CO. Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 246 à 250.

Trois raisons militent en faveur d'une interprétation restrictive de l'article 149 al. 1 CO :

a) Le fait que la loi institue expressément la subrogation dans certains cas particuliers de solidarité imparfaite laisse entendre que cette institution ne peut être qu'une exception dans ce type de solidarité. L'article 149 CO a trait aux rapports internes, il se rattache donc directement à l'article 148, dont l'alinéa 1 ne vise que la solidarité stipulée (cf. art. 50 al. 2 et 51 al. 1 CO). Ces deux dispositions ne font donc pas partie de la théorie générale de la solidarité tant parfaite qu'imparfaite.

b) Seule la solidarité parfaite implique un lien communautaire entre les débiteurs solidaires. La subrogation avantage le créancier récursoire, et cet avantage ne se justifie que s'il existe des liens entre les codébiteurs<sup>243</sup>. Si les débiteurs ont accepté, même par leur comportement, d'être dans une certaine mesure interchangeables face au lésé, cela implique en contre-partie que la communauté ne se dissoudra pas au moment du partage, qu'elle n'abandonnera pas son membre qui a dû désintéresser le créancier.

c) La solidarité parfaite, en raison du rapport de communauté caractéristique, tend à favoriser le lésé. Il est juste de favoriser le créancier récursoire à son tour, parce que c'est lui qui a pâti des avantages conférés au créancier principal.

Ces trois considérations appellent les objections suivantes :

a) On ne peut tirer aucun argument de la juxtaposition des articles 148 et 149 CO. En effet, il n'est pas douteux que les alinéas 2 et 3 de l'article 148 s'appliquent aussi bien à la solidarité parfaite qu'à la solidarité imparfaite. Rien, dans le texte de l'article 149 ne permet de penser que cette disposition est réservée exclusivement à la solidarité parfaite. Même l'alinéa 1 de l'article 148, qui est l'élément-clé de l'argumentation attaquée, n'est pas réservé à la solidarité parfaite. C'est bien plutôt la règle générale, mais qui se trouve écartée dans tout le domaine de la responsabilité civile, que la solidarité soit parfaite ou imparfaite (cf. art. 50 al. 2 CO et 51 al. 1 CO). Comme la solidarité imparfaite n'apparaît que dans le domaine de la responsabilité civile, il en résulte que l'article 148 al. 1 CO n'est jamais applicable à ce type de solidarité, mais cela provient non pas du fait qu'il s'agit d'une solidarité imparfaite, mais du fait que l'on se trouve dans le domaine de la responsabilité civile (l'art. 50 al. 2 CO dispose d'une manière toute générale pour

---

<sup>243</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 149, note 2.

le domaine de la responsabilité civile, à l'occasion d'un cas de solidarité parfaite !). Quant aux dispositions spéciales qui instituent la subrogation dans des cas de solidarité imparfaite <sup>244</sup>, elles font plutôt penser que la subrogation, de par sa nature, n'est en aucune façon réservée à la solidarité parfaite.

L'existence de ces dispositions ne fait donc que poser le problème de savoir si la distinction établie sous l'angle de la subrogation entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite pourrait ou non être supprimée de lege lata, c'est-à-dire par une nouvelle interprétation de l'article 149 al. 1 CO. Il faut observer que ces dispositions concernent toutes le recours d'un assureur. Or, l'assureur n'est pas à strictement parler un responsable ; il n'a pas *causé* le dommage ; il en répond uniquement en raison de sa promesse. Il n'est pas une personne ayant engagé sa responsabilité civile, il n'est qu'un obligé contractuel. Il n'était donc pas inutile de préciser quels étaient ses droits de recours, et s'ils étaient ou non doublés d'une subrogation (notons que l'article 51 al. 2 CO désigne comme responsable contractuel aussi bien celui qui a violé une obligation contractuelle et causé ainsi un dommage que l'assureur) <sup>245</sup>. Ces dispositions ont assimilé l'assureur à un responsable à raison de la violation d'un contrat, ce qui n'était pas inutile. Il serait donc possible de donner à l'article 149 al. 1 CO une nouvelle interprétation, et d'admettre que dans tous les cas, un droit de recours se double d'une subrogation. Ce n'est que si l'on voulait supprimer la subrogation que des modifications législatives seraient nécessaires.

b) La communauté caractéristique de la solidarité parfaite ne s'est formée qu'à l'égard du créancier. Que les codébiteurs doivent faire front commun face au créancier n'implique en aucune façon qu'ils doivent faire front commun les uns face aux autres, d'ailleurs les débiteurs récursoires ne sont pas solidaires face au créancier récursoire <sup>246</sup>. Celui qui a accordé une garantie au créancier principal n'a jamais voulu en faire bénéficier quelqu'un d'autre. Ceux qui ont formé une communauté face au lésé n'ont pas voulu favoriser les actions récursoires des uns face aux autres. Ce serait même plutôt dans les cas de solidarité imparfaite qu'il faudrait favoriser le créancier récursoire, parce qu'il n'a pu en aucune façon accepter le risque de s'associer avec un insolvable.

---

<sup>244</sup> Cf. art. 72 LCA, 100 LAMA, 49 LAM, 11 al. 3 LAI. Il s'agit de cas de solidarité imparfaite particulièrement typique et important en pratique. Oftinger, *op. cit.*, I, 298 ; Koenig, *op. cit.*, p. 290 (pour l'art 72 LCA).

<sup>245</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 308/9 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 60 ; Jaeggi, *op. cit.*, p. 181 et ss.

<sup>246</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 148, note 7 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 148, note 3.

c) Nous avons vu que le mécanisme de la solidarité au sens large a pour effet de favoriser le créancier. Il s'agit là d'une conséquence logique du système, et non pas de la manifestation d'une volonté délibérée d'avantager le créancier (cf. *supra* III § 1 A et B litt. c ; *infra* III § 3 B c l. 2). Nous ne pensons pas que la solidarité parfaite doive se distinguer par une favorisation systématique du créancier qui en serait le but.

Une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite sous l'angle de la subrogation est sans rapport avec l'élément communautaire caractéristique de la solidarité parfaite. Cette différence de traitement devrait donc disparaître. La doctrine est divisée sur la question de savoir s'il faudrait admettre la subrogation dans tous les cas<sup>247</sup>, ou la supprimer dans tous les cas<sup>248</sup>.

### C) Critique du principe.

La subrogation, nous l'avons vu, a pour effet d'opérer le transfert des accessoires de la créance principale en faveur du créancier récursoire. Comme les accessoires sont rares dans le domaine de la responsabilité civile (où l'on rencontre la solidarité imparfaite), le problème est finalement de très peu d'importance pratique si l'on choisit de retenir également la subrogation dans les cas de solidarité imparfaite.

L'institution se place davantage sur le terrain de l'équité que de la logique. Il est vrai que celui qui a accordé une garantie au créancier principal n'a pas voulu en faire bénéficier quelqu'un d'autre, et n'a surtout pas envisagé le transfert de l'accessoire en faveur d'une autre créance. Cependant le débiteur qui n'a pas payé demeure en principe tenu, il n'a pas à consentir à un changement de créancier (art. 164 al. 1 CO) qui entraîne automatiquement un transfert des accessoires (art. 170 CO). On objectera que le droit de recours est un droit propre, indépendant des droits du créancier principal, mais la dette récursoire se mesure en fonction de la dette principale, puisque (hormis le problème des frais de procès) nul n'est tenu à davantage sur le plan interne qu'il ne l'était sur le plan externe<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 298 ; Schazmann, *op. cit.*, p. 92.

<sup>248</sup> Gilliard, *op. cit.*, p. 286.

<sup>249</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 51, note 23 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 9 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 312 et ss (surtout 313/4), ainsi que ses nombreuses références ; SJ 1959, p. 366 : Helvetia-Accidents et Cavadini c/ Etat de Genève, Krebs et Roch (arrêt genevois).

Pour les frais de procès : von Tuhr, *op. cit.*, p. 703/4 ; RO 69 II 160 : Cie de chemin de fer Fribourg-Morat-Anet c/ Bourquin.

On peut trouver équitable que le débiteur qui a été choisi par le créancier principal et qui assume le risque des actions récursoires<sup>250</sup> puisse bénéficier aussi des garanties que le créancier principal aurait pu faire valoir s'il avait recherché le débiteur récursoire.

Nous pensons donc que la subrogation devrait être admise dans tous les cas<sup>251</sup>, ce qui aurait au moins l'avantage de supprimer sans modification législative une différence de traitement injustifiable entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.

Nous avons constaté que le fondement de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite est incertain. Nous avons vu ensuite que l'on a tiré de cette distinction des effets mineurs et sans rapport avec le critère de la distinction. On comprend facilement, dans ces conditions, que la doctrine moderne préconise un abandon de ce dualisme.

Il existerait cependant un autre effet de la distinction qui aurait trait à « l'opposabilité » des causes personnelles d'atténuation de la responsabilité et qui, étant lié à la notion de communauté, pourrait éventuellement justifier la distinction.

L'étude de cet effet revêt une importance particulière, aussi bien en raison de ses conséquences pratiques, que du fond du problème, à savoir l'opportunité d'une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.

Dès lors il convient d'examiner maintenant cette question d'une manière particulièrement approfondie.

### § 3. LA FACULTÉ POUR UN CORESPONSABLE D'OPPOSER AU LÈSÉ DES CAUSES PERSONNELLES D'ATTÉNUATION DE LA RESPONSABILITÉ.

#### A) *Les causes personnelles d'exonération et d'atténuation de la responsabilité.*

La personne qui réunit les conditions positives caractéristiques d'une norme de responsabilité peut invoquer diverses exceptions à l'effet de supprimer sa responsabilité ou de diminuer le montant de l'indemnité

---

<sup>250</sup> En application de l'article 148 al. 3 CO, ce qui n'a pu être recouvré contre l'un des codébiteurs se répartit, selon les quote-parts du partage interne, entre les autres. Le créancier récursoire n'en court pas moins le risque que tous ses débiteurs récursoires soient en fuite ou insolvable ; de surcroît, c'est à lui qu'incombe la tâche d'intenter action récursoire contre chaque débiteur pour sa quote-part, avec toutes les complications que cela peut entraîner (les débiteurs récursoires ne sont pas solidaires envers lui).

<sup>251</sup> Dans le même sens : Jansen, *op. cit.*, p. 110/1.

due. Ce sont ces exceptions que nous appelons causes d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité.

a) *La distinction entre exception commune et exception personnelle.*

L'article 145 al. 2 CO parle des exceptions « communes à tous ». Il fonde ainsi une distinction entre les exceptions communes et les exceptions personnelles, qui permet de diviser en deux catégories la totalité des causes d'exonération et d'atténuation.

L'exception commune est bien entendu celle qui, en raison de sa nature, pourra être invoquée par tous les coobligés. Au contraire, l'exception personnelle est liée au rapports existant entre tel coobligé et le créancier ; elle n'appartient donc qu'au coobligé en qui elle est née <sup>252</sup>.

Cette distinction ayant été formulée dans le cadre de la solidarité stipulée, il y a lieu de l'examiner à nouveau, pour tenter de lui donner un contenu adapté au domaine de la responsabilité civile.

Dans un cas de pluralité de responsables, les exceptions communes sont les exceptions qui ont trait à la situation ou au comportement du créancier, *sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la situation ou le comportement du débiteur*. En raison de sa nature, une exception commune peut être soulevée par chaque coresponsable à l'égard de la personne en qui la circonstance existe ; au niveau des rapports externes, le créancier est, par définition, le lésé ou ses ayants droit.

Sont des exceptions communes : le gain particulièrement élevé du créancier <sup>253</sup>, la faute ou le fait concomitant, la prédisposition naturelle du lésé, le rôle exceptionnellement important joué par le hasard dans la survenance du dommage.

Toutes les exceptions qui ne sont pas communes sont des exceptions personnelles.

Il existe deux catégories d'exceptions personnelles : celles qui reposent sur la situation ou le comportement du débiteur, et celles qui se fondent sur une comparaison de la situation ou du comportement respectif du créancier et du débiteur. Les exceptions de faute légère et de gêne du débiteur sont des exceptions personnelles qui se rattachent à la première catégorie, tandis que les exceptions tirées de l'inégalité des

---

<sup>252</sup> Engel, *op. cit.*, p. 564/5.

<sup>253</sup> Il faut préciser que cette exception, comme celle d'inégalité sociale, suppose une certaine comparaison des situations financières respectives. Il s'agit en réalité d'une notion relative, quoi qu'on puisse en penser au premier abord. Sa classification est assez incertaine.

conditions économiques ou de l'acte de complaisance appartiennent à la seconde catégorie.

Il arrive que plusieurs ou tous les coresponsables remplissent les conditions de la même exception personnelle. L'exception n'en devient pas pour autant une exception commune.

On peut se demander, en cas d'exception commune, si l'on se trouve en présence d'une seule exception ayant plusieurs titulaires, ou de plusieurs exceptions ayant chacune un titulaire distinct, mais le même contenu. La seconde construction nous paraît préférable, car chaque coresponsable peut renoncer à l'exception commune en ce qui le concerne, sans affecter le droit des autres de se prévaloir de l'exception (art. 146 CO).

L'importance pratique de cette distinction est très réduite. En effet, la possibilité d'invoquer une exception dont on remplit les conditions, qu'il s'agisse d'une exception commune ou d'une exception personnelle, ne doit pas dépendre, à première vue du moins, de ce que peuvent invoquer les autres coresponsables (art. 145 al. 1 CO). Il n'y a également pas lieu de faire une distinction entre exception commune et exception personnelle en ce qui concerne l'omission d'invoquer une exception. Dans les deux cas, celui qui omet d'invoquer une exception doit en pâtir, sans que cela ait effet à l'égard des autres. S'il s'agit d'une exception personnelle, elle n'appartenait qu'à celui qui ne l'a pas invoquée, de sorte que les autres ne pourront en tirer aucun argument. S'il s'agit d'une exception commune, les autres pourront toujours l'invoquer au moment du partage interne, et ainsi seul celui qui a omis de soulever le moyen pâtira de son omission (art. 145 al. 2 CO). Dans les deux cas, l'omission n'a qu'un effet personnel, et il faut admettre que chaque coresponsable peut invoquer les exceptions qui lui appartiennent, qu'il soit débiteur principal ou débiteur récursoire, sans qu'il y ait à distinguer entre exception commune et exception personnelle.

Comme nous avons délimité notre sujet de manière à laisser de côté les rapports des coresponsables entre eux, la distinction entre exception commune et exception personnelle a pour seul intérêt de nous permettre de mieux cerner les exceptions que nous devons considérer au cœur de notre problème. Il est bien évident que si tous les coresponsables remplissent les conditions de la même exception, que ce soit fortuitement ou parce que l'exception est commune, on ne voit pas que l'existence d'une pluralité des responsables puisse empêcher l'« opposabilité » de l'exception. Nous devons donc envisager désormais les exceptions *personnelles que seuls certains coresponsables* peuvent invoquer. C'est dans cette situation en effet que l'on doit se demander si la faculté d'invoquer

l'exception se communique aux coresponsables qui n'en remplissent pas les conditions, ou si, au contraire, c'est l'impossibilité d'invoquer l'exception qui se communique à ceux qui en remplissaient les conditions.

b) *La distinction entre cause d'exonération et cause d'atténuation de la responsabilité.*

On peut aussi distinguer les exceptions en fonction de leurs effets sur la responsabilité.

*Les causes d'exonération* sont des exceptions qui font obstacle à la responsabilité elle-même. Celui qui peut invoquer une telle exception est libéré de toute obligation de réparer le dommage.

C'est ainsi que l'incapacité de discernement est un moyen libératoire, sous réserve de l'article 54 CO, dans le cadre de la responsabilité aquilienne. La rupture du rapport de causalité adéquate est également une cause d'exonération. De nombreuses normes de responsabilité prévoient des moyens libératoires : il en va ainsi, par exemple, de l'article 333 CC, des articles 54, 55 et 56 CO, de l'article 59 al. 1 LCR, etc. Certaines exceptions peuvent, suivant l'intensité avec laquelle elles se présentent dans un cas concret, constituer soit un moyen libératoire, soit un facteur de réduction de l'indemnité due. Tel est le cas du consentement de la victime ou de la faute concomitante (art. 44 al. 1 CO).

Il existe des exceptions qui se fondent sur la personne ou la fonction du responsable. La doctrine allemande les désigne du terme de « Haftungsprivileg ». C'est sous cet angle que les moyens libératoires ont été étudiés d'une manière systématique<sup>254</sup>, alors même que le Haftungsprivileg pourrait n'entraîner qu'une atténuation de la responsabilité.

L'exonération peut résulter de la volonté du créancier ou de la loi. Un cas particulier de l'exonération légale est constitué par l'exigence d'une faute spécialement caractérisée lorsque l'éventuel responsable aquilien remplit des conditions personnelles déterminées<sup>255</sup>. La libération par la volonté du lésé, postérieure à la naissance de l'obligation de réparer, est sans effet à l'égard des coresponsables<sup>256</sup>. L'exonération légale, elle, libère toujours le sujet, aussi bien dans les rapports externes que dans les rapports internes.

---

<sup>254</sup> Stark, *op. cit.*, p. 66-68.

<sup>255</sup> Art. 129 LAMA ; art. 1359 BGB ; Stark, *op. cit.*, p. 66.

<sup>256</sup> Gilliard, *op. cit.*, p. 287/8 ; RO 45 II 645 = JT 1920, p. 264 : Emmenthalischer Mobiliarversicherungsgesellschaft c/ Bernische Kraftwerke ; RO 60 II 218 = JT 1935, p. 43 : La Dixence S.A. c/ Dayer ; RO 80 II 252 = JT 1955, p. 316 : La Neuchâtoise c/ Gini et Durlemann.

Le moyen libératoire ayant pour effet d'exclure la responsabilité, celui qui peut invoquer un tel moyen n'est pas un coresponsable. La présence, généralement fortuite, d'un responsable à côté de la personne exonérée ne peut avoir pour effet de rendre responsable le sujet qui ne l'est pas. Ce raisonnement est applicable aussi bien dans les rapports internes que dans les rapports externes.

Notre sujet étant d'étudier la possibilité d'invoquer les exceptions personnelles en cas de pluralité de responsables, nous n'aurons pas à considérer plus avant les causes d'exonération car celles-ci mettent fin à la pluralité de responsables.

Nous concentrerons donc notre étude sur les seules *causes d'atténuation* de la responsabilité. Il ne s'agit pas d'exception qui tendent à exclure la responsabilité, mais d'exceptions qui permettent, alors que la responsabilité est donnée et que le dommage est fixé, de réduire le montant de la réparation due. Nous n'examinerons que les facteurs de réduction admissibles sur le plan externe.

Cependant, avant de quitter ce bref aperçu général des causes d'exonération et d'atténuation de la responsabilité, il ne nous paraît pas inutile, pour illustrer la matière, de citer rapidement les principales exceptions.

c) *Les principales causes d'exonération et d'atténuation de la responsabilité.*

Nous nous contenterons de mentionner ici brièvement quelques exceptions importantes, sans exposer leurs conditions d'admissibilité.

1. *Quelques moyens libératoires :*

- l'incapacité de discernement en cas de responsabilité aquilienne, sous réserve de l'article 54 CO ;
- le consentement de la victime, dans la mesure où elle pouvait valablement disposer du bien juridique lésé (sinon il s'agit plutôt d'un motif d'atténuation, cf. art. 44 al. 1 CO) ;
- la rupture du rapport de causalité, notamment par le fait du lésé ou d'un tiers <sup>257</sup> ;
- les faits dont la victime répond (mais il s'agit plutôt d'un motif d'atténuation : cf. art. 44 al. 1 CO) ;

---

<sup>257</sup> RO 97 II 221 = JT 1972, p. 365 : Traber c/ Steckborn Kunstseide.

- la qualité de parent, d'employeur, de parent ou d'employé de l'employeur, lorsque la victime est assurée auprès de la Caisse nationale et que les conditions de l'article 129 al. 2 LAMA sont remplies<sup>258</sup> ;
- la légitime défense et l'exercice d'un droit (art. 52 CO).

## 2. *Quelques causes d'atténuation :*

- le caractère particulièrement peu grave de la faute commise par le responsable aquilien (art. 43 al. 1 CO)<sup>259</sup> ;
- la faute ou le fait concomitant (art. 44 al. 1 CO)<sup>260</sup> ;
- le rôle exceptionnellement important joué par le hasard dans la survenance du dommage, notamment la prédisposition naturelle (art. 43 al. 1 CO)<sup>261</sup> ;
- le fait que la réparation exposerait le débiteur à la gêne (art. 44 al. 2 CO)<sup>262</sup> ;
- l'inégalité des conditions économiques, notamment le gain particulièrement élevé de la victime (art. 43 al. 1 CO, 62 al. 2 LCR, 4 LRchf)<sup>263</sup> ;
- le fait que l'acte à l'origine du dommage était un acte de complaisance du responsable envers le lésé (art. 59 al. 3 LCR). Ce facteur peut aussi conduire à une exonération<sup>264</sup>.

### B) *Les causes personnelles d'atténuation de la responsabilité, face au lésé, en cas de pluralité de responsables.*

#### a) *Le problème dans la jurisprudence.*

Dans un arrêt dame Häberli-Ingold c/ Flückiger de 1929<sup>265</sup>, le Tribunal fédéral a relevé une conséquence importante de la distinction

<sup>258</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 51, note 15 et ses références ; RO 81 II 224 : Fabrique d'emballages métalliques S.A. c/ Monney ; RO 88 II 40 = JT 1962, p. 624 : Schwegler c/ La Zürich.

<sup>259</sup> RO 60 II 229 = JT 1935, p. 23 : Werner c/ Bühler et Bühler ; RO 82 II 25 = JT 1956, p. 324 : Bally c/ Rosti ; RO 90 II 13 = JT 1964, p. 354-67 : Zufferey c/ Kull et Cie.

<sup>260</sup> RO 85 II 519 = JT 1960, p. 442 : Kuhn c/ Gross.

<sup>261</sup> RO 60 II 344 (resp. causale) = JT 1935, p. 238 : Décosterd c/ Breisch ; RO 63 II 223 = JT 1937, p. 460 : Ferro c/ Campanini ; RO 80 II 352 = JT 1955, p. 439 : La Bâloise c/ Dame Délèse.

<sup>262</sup> RO 79 II 355 : Nicolet c/ Guillaume.

<sup>263</sup> RO 49 II 447 = JT 1924, p. 105 : Gabathuler c/ Peter.

<sup>264</sup> RO 52 II 457 = JT 1927, p. 199/200 : Wyder c/ Wahlen.

<sup>265</sup> RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger.

entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite. Alors même qu'il s'agissait d'un cas de solidarité imparfaite, le Tribunal fédéral a posé un principe applicable à la seule solidarité parfaite, probablement pour mettre en évidence l'intérêt à procéder à la distinction dans chaque cas. Il a été jugé que l'exception de légèreté caractérisée de la faute n'était pas admissible en cas de solidarité parfaite, du moins lorsque tous les coresponsables ne peuvent pas l'invoquer. Manifestement, on avait tiré de l'article 50 al. 1 CO l'idée que toutes les obligations solidaires devaient être alignées sur le plus grand dénominateur commun.

La portée du principe demeurait cependant incertaine. Le Tribunal ne s'était prononcé qu'en matière de solidarité parfaite fondée sur la communauté de fautes, et uniquement au sujet de l'admissibilité de l'exception tirée de la légèreté caractérisée de la faute (cf. art. 50 al. 1 et 43 al. 1 CO). Dans le cas d'espèce, comme il s'agissait de solidarité imparfaite, la règle n'a pas trouvé application. On pouvait donc se demander si la jurisprudence allait maintenir son point de vue en le concrétisant et en le précisant. L'*obiter dictum* ne paraissait que le présage d'une théorie que le Tribunal fédéral s'apprêtait à développer à l'occasion d'un cas pertinent.

Quelque temps plus tard, en 1931, l'occasion semble s'être présentée<sup>266</sup>, mais le TF s'est contenté de rappeler que l'article 43 al. 1 CO n'était pas applicable en cas de solidarité parfaite fondée sur l'article 50 al. 1 CO. La règle a ensuite été scrupuleusement répétée<sup>267</sup>, parfois en citant l'arrêt *Dame Häberli-Ingold c/ Flückiger*<sup>268</sup>. Les développements que le premier arrêt présageait n'ont jamais eu lieu, la jurisprudence s'est bornée à répéter que le degré de culpabilité n'intervient qu'au stade de la répartition interne, et que sur le plan externe, tous les coresponsables sont tenus de la même manière. Une règle s'était implanté, sans avoir été véritablement discutée par le TF, et sans avoir reçu une portée clairement déterminée. Il faut reconnaître qu'aucun cas typique de légèreté caractérisée de la faute ne s'était présenté...

Après une certaine éclipse, le problème est réapparu dans la jurisprudence pour trouver un éclairage nouveau.

Dans un arrêt non publié du 7 octobre 1958<sup>269</sup>, le TF a examiné si une exception de légèreté caractérisée de la faute était fondée dans un

---

<sup>266</sup> RO 57 II 28 = JT 1931, p. 272 : *Herzog c/ Hauert et Amrein*.

<sup>267</sup> RO 57 II 417 = JT 1932, p. 345 : *Frick c/ Suter* ; RO 59 II 434 : *Erben B c/ T et K* ; RO 71 II 112 = JT 1945, p. 446 : *Schneider et Rey c/ Haymoz* (où l'on parle de responsabilité au même degré pour tous).

<sup>268</sup> RO 59 II 434 : *Erben B c/ T et K*.

<sup>269</sup> Cité par Hirsch, *op. cit.*, p. 784.

cas de responsabilité solidaire des administrateurs d'une société anonyme. Il a été jugé que les conditions n'étaient pas réunies pour que la faute commise puisse être qualifiée de particulièrement légère. Le TF semble ainsi avoir reconnu qu'une telle exception était en principe admissible.

Sans aborder directement le problème, le Tribunal fédéral a donné, dans d'autres arrêts<sup>270</sup>, une définition du contenu de la solidarité qui paraît en contradiction avec le principe énoncé dans l'arrêt Dame Häberli-Ingold c/ Flückiger. Une très bonne formulation de cette idée contraire est contenue dans l'arrêt Evers & Co c/ Bank für Handel und Effekten A.G. du 26 septembre 1967 : « Le créancier dispose de plusieurs créances autonomes à l'égard de chacun des débiteurs pris isolément, créances qui peuvent avoir un sort juridique propre. (...) *Chaque débiteur solidaire n'est obligé que dans la mesure où la créance (du lésé) (...) est juridiquement fondée à son endroit.* »<sup>271</sup>

Il ressort de cette définition que l'obligation externe de chaque coresponsable n'est en principe pas affectée par l'existence d'une pluralité de responsables. Il n'y aurait donc pas d'obstacle à l'admissibilité des exceptions personnelles, même en cas de solidarité *parfaite*. Cette institution n'influence pas la détermination du montant de la réparation due par chacun sur le plan externe. La solidarité n'existe que dans la mesure où le montant des obligations est commun.

Aucun arrêt n'aborde cependant de front le problème posé par la jurisprudence Dame Häberli-Ingold c/ Flückiger, une règle a été posée, sans avoir été préalablement discutée et motivée.

On présentait à la lecture de ces arrêts récents et des critiques doctrinales, un réexamen jurisprudentiel de l'ensemble du problème.

Dans un arrêt très récent<sup>272</sup>, le Tribunal fédéral a catégoriquement rejeté les critiques de Bürgi et Hirsch (cf. *infra* III § 3 B b). Il s'est prononcé sans équivoque en faveur de la règle qui avait été posée par l'arrêt Dame Häberli-Ingold. Il n'a même pas rappelé que l'appréciation individualisée des responsabilités était admise en cas de solidarité imparfaite.

---

<sup>270</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 302/3 ; RO 66 II 118/9 = JT 1940, p. 502 ; Blanc et Chabbey c/ Beney ; RO 69 II 168 ; Dietrich c/ Clerc et Helvetia ; RO 93 II 329 = JT 1969, p. 130 ; Evers & Co c/ Bank für Handel und Effekten A.G.

<sup>271</sup> RO 93 II 329 et 334 = JT 1969, p. 130 et 133 ; Evers & Co c/ Bank für Handel und Effekten A.G.

<sup>272</sup> RO 97 II 403, c/ 7 d, p. 415/6 = JT 1973, p. 75/6 ; Zürcher und Mitbeteiligte c/ Kredit — & Verwaltungsbank Zug A.G. (in Konkursliquidation).

Cet arrêt est en contradiction complète avec l'arrêt cité par Hirsch et n'est même pas compatible avec la jurisprudence de l'arrêt Evers.

L'argumentation du Tribunal fédéral est double :

a) la solidarité n'est pas un mécanisme rationnel, elle ne résulte pas non plus de la causalité adéquate. Elle procède plutôt de la volonté du législateur d'assurer au lésé la plus complète réparation possible. Si quelqu'un doit pâtir de l'insolvabilité d'un coresponsable, ce doit être en priorité les autres coresponsables et non le lésé ;

b) le fait d'un tiers ne peut influencer la responsabilité que s'il rompt le rapport de causalité adéquate ou s'il atténue la faute du responsable<sup>273</sup>. On pourrait peut-être ajouter les cas où la loi institue une responsabilité pour le fait d'autrui, puisque, dans ces hypothèses, le fait d'autrui est considéré comme le propre fait du responsable<sup>274</sup>. Hormis ces cas, le responsable doit réparer tout le dommage causé d'une manière adéquate sans égard au fait d'autrui. Le degré de gravité de la faute est le critère employé par la loi pour la répartition interne du fardeau de la réparation (art. 759 al. 1 CO, 44. 2 de la loi fédérale sur les banques). Il serait illogique de prendre en considération la légèreté de la faute sur le plan externe déjà, puisque c'est la circonstance qui permettra d'opérer le partage interne.

Cet arrêt rompt nettement l'évolution jurisprudentielle qui se dessinait. On peut se demander si le Tribunal fédéral a mis un terme à ses hésitations antérieures, ou si au contraire cet arrêt, qui va à contre-courant de la tendance que l'on pouvait déceler, n'est pas la manifestation d'un désarroi qui fera rebondir le problème.

#### b) *Le problème dans la doctrine.*

C'est Oser/Schoenenberger qui ont donné son assise doctrinale à la jurisprudence presque contemporaine de l'arrêt Dame Häberli-Ingold c/ Flückiger<sup>275</sup>.

Oser n'a pas examiné d'une manière systématique le problème de l'admissibilité des exceptions personnelles en cas de pluralité de respon-

---

<sup>273</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 104-6 et 250 ; Engel, *op. cit.*, p. 379 ; Thilo in JT 1937, p. 299 ; Des Gouttes in JT 1944, p. 101 ; RO 41 II 228 = JT 1915, p. 301 : Métein c/ Pélissier ; RO 59 II 364 = JT 1934, p. 67 : Hoirs Hess c/ Descœudres ; RO 60 II 155 = JT 1934, p. 498 : Blanc et Chabbey c/ Beney ; RO 89 II 123 : Delavy c/ Bonjean ; RO 93 II 322 = JT 1969, p. 147 : Kalbermatten c/ Theler et Chaba ; RO 97 II 221 = JT 1972, p. 373 : Traber c/ Steckborn Kunstseide ; RO 97 II 339 : Bürren c/ Schärer et Flückiger.

<sup>274</sup> RO 95 II 43 c. 4 = JT 1970, p. 66 : Hofer c/ Hautzentrale.

<sup>275</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 50, notes 1 et 2.

sables. Il s'est borné à traiter de l'exception fondée sur la légèreté caractérisée de la faute dans le cas de la solidarité parfaite instituée par l'article 50 CO. Il a relevé qu'en principe chaque coresponsable peut invoquer les exceptions qui lui sont propres, mais que l'article 50 al. 1 CO apporte une dérogation à ce principe, en disposant qu'il n'y a pas « lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice ». Dans l'hypothèse de l'article 50 CO, chaque responsable est tenu pour le tout, sans qu'il soit possible d'individualiser les obligations en fonction de la gravité respective des fautes. La participation volontaire à un complexe de faits dommageable crée une communauté de fautes qui implique un nivellement par le haut des obligations de réparer. Oser souligne qu'il s'agit là d'une distinction importante entre la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite, qui, elle, admet l'individualisation des obligations de réparer. Oser n'envisage cependant pas d'autres exceptions personnelles ou d'autres cas de solidarité parfaite.

Sans considérer le problème de l'exception tirée de la légèreté caractérisée de la faute, Becker<sup>276</sup> indique qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les coresponsables dans le cadre des rapports externes, lorsque la solidarité est fondée sur l'article 50 al. 1 CO. Il précise que la gravité respective des fautes n'interviendra qu'au stade de la répartition interne du fardeau de la réparation. Cet auteur admet cependant que l'exception de l'article 44 al. 2 CO (gêne) peut toujours être invoquée aussi bien dans les rapports externes que dans les rapports internes.

Ces deux auteurs ont manifestement inspiré la jurisprudence qui a répété que l'on ne pouvait tenir compte de la gravité respective des fautes qu'au stade de la répartition interne<sup>277</sup>.

La doctrine récente, à la suite d'Oftinger, a fortement remis en question les théories traditionnelles sur la solidarité. Dans le cadre de ce mouvement général qui tend à repenser les fondements de la solidarité et à échafauder des concepts nouveaux, la règle de l'arrêt Dame Häberli-Ingold c/ Flückiger a fait l'objet de vives critiques qui ne sont pas étrangères aux hésitations de la jurisprudence actuelle.

Pour Oftinger<sup>278</sup>, la solidarité ne peut exister que dans la mesure où les obligations des coresponsables sont communes. La solidarité est un mécanisme qui ne doit pas affecter la quotité des obligations. Il ne

---

<sup>276</sup> Becker, *op. cit.*, ad art. 50, notes 8 et 9.

<sup>277</sup> RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger ; RO 57 II 28 = JT 1931, p. 272 : Herzog c/ Hauert et Amrein ; RO 57 II 417 = JT 1932, p. 345 : Frick c/ Suter ; RO 59 II 434 : Erben B c/ T et K ; RO 71 II 112 = JT 1945, p. 446 : Schneider et Rey c/ Haymoz.

<sup>278</sup> Oftinger, *op. cit.*, I, p. 302/3 et II/2, p. 672/3.

saurait avoir d'effet aggravant sur la responsabilité, en privant le sujet du droit de voir son obligation déterminée en fonction des circonstances qui lui sont propres. Pour cet auteur, toutes les exceptions personnelles peuvent toujours être invoquées. La position d'Oftinger prend place cependant dans un système qui rejette la distinction entre solidarité parfaite et imparfaite.

Il se peut d'ailleurs qu'Oftinger ait décidé de préconiser l'abandon du dualisme précisément parce que la distinction avait entraîné des conséquences inadmissibles à ses yeux dans l'arrêt Dame Häberli-Ingold.

Von Büren, quant à lui, s'est également prononcé en faveur d'une appréciation individualisée de la responsabilité de chacun, sans distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite<sup>279</sup>. Cet auteur relève que chaque responsable pourrait faire valoir ses exceptions personnelles s'il était seul responsable. Si des cas fortuits avaient concouru à la survenance du dommage, il ne serait également pas privé de ses exceptions. On ne voit pas pourquoi il en irait autrement si, à la place de cas fortuits, on trouve les comportements de tiers responsables. Von Büren va plus loin encore, et il préconise, dans tous les cas, une responsabilité réduite au rôle causal. Il introduit ainsi une sorte de répartition sur le plan externe qui suppose une remise en question fondamentale de la notion de causalité adéquate<sup>280</sup>. C'est là un objet qui dépasse largement le cadre de notre travail.

Keller s'est rallié à la conception de Von Büren, sans en accepter les conséquences extrêmes<sup>281</sup>. Il ne se prononce pas sur notre problème.

Bürgi, dans un intéressant article<sup>282</sup>, s'était déjà prononcé, avec beaucoup de clairvoyance, en faveur d'une appréciation individualisée de la responsabilité des administrateurs de société.

Hirsch, dans une intervention à la Société suisse des Juristes<sup>283</sup>, a repris les mêmes conclusions, après avoir fait le point de la situation et avoir posé le problème d'une façon systématique et générale. Cet auteur relève que si l'on exclut la faculté d'invoquer les exceptions personnelles, on crée une sorte de responsabilité pour autrui<sup>284</sup>. Nous pensons cependant qu'il n'y avait pas lieu de parler à ce sujet de « responsa-

---

<sup>279</sup> Von Büren, *op. cit.*, p. 64/5.

<sup>280</sup> Von Büren, *op. cit.*, p. 63-7.

<sup>281</sup> Keller, *op. cit.*, p. 61, 93 et ss.

<sup>282</sup> Bürgi, article cité dans la bibliographie.

<sup>283</sup> Hirsch, intervention citée dans la bibliographie.

<sup>284</sup> Dans le même sens : Jansen, *op. cit.*, p. 121.

bilité causale », parce que la causalité ne fonde pas le surcroît de responsabilité.

En revanche, Cuendet<sup>285</sup> est d'avis de ne jamais tenir compte de la légèreté caractérisée de la faute en cas de pluralité de responsables. Cette exception ne devrait intervenir, selon cet auteur, que dans les rapports internes.

Engel, pour sa part, a résumé les diverses positions et s'est rallié à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Cet auteur estime que la solidarité, aussi bien parfaite qu'imparfaite, est « surajoutée » à la théorie de la causalité adéquate, de manière à créer un avantage supplémentaire pour le lésé<sup>286</sup>. Les exceptions personnelles, en cas de solidarité parfaite, sont prises en considération exclusivement au moment du partage interne<sup>287</sup>.

Quant à Jansen<sup>288</sup>, il se prononce en faveur d'une appréciation individualisée dans tous les cas, sauf en ce qui concerne l'exception de légèreté caractérisée de la faute dans l'hypothèse particulière de l'article 50 CO.

### c) *Discussion du problème.*

Nous avons vu que la solidarité parfaite (art. 143 CO) est une exception en cas de pluralité de responsables, fondée sur une circonstance particulière (l'élément communautaire), et dotée de règles spéciales (subrogation et effet interruptif général de la prescription). Il faut donc raisonner en premier lieu sur le simple concours d'actions, c'est-à-dire sur la solidarité imparfaite. Ensuite, il conviendra d'examiner si l'on doit donner une solution différente au problème lorsqu'on rencontre ce trait particulier de certains cas de pluralité de responsables, l'élément communautaire, qui justifie l'institution de la solidarité parfaite.

#### 1. *En cas de solidarité imparfaite.*

L'arrêt Zürcher<sup>289</sup>, dans un cas de solidarité parfaite il est vrai, a rappelé le principe de l'arrêt Dame Häberli-Ingold. Sa prise de position se fonde sur des arguments dont la portée n'est pas limitée à la solidarité parfaite.

---

<sup>285</sup> Cuendet, *op. cit.*, p. 144.

<sup>286</sup> Engel, *op. cit.*, p. 377/8.

<sup>287</sup> Engel, *op. cit.*, p. 378/9.

<sup>288</sup> Jansen, *op. cit.*, p. 105.

<sup>289</sup> RO 97 II 403 cons. 7 d, p. 415/6 = JT 1973, p. 75/6 : Zürcher und Mitbeteiligte c/ Kredit- & Verwaltungsbank Zug A.G. (in Konkursliquidation).

Il est assez frappant de constater que l'arrêt Zürcher ne raisonne pas en distinguant la solidarité parfaite et la solidarité imparfaite. On a le sentiment que le refus d'une appréciation individualisée ne se fonde plus sur les particularités de la solidarité *parfaite*, mais sur le mécanisme de la solidarité au sens large. Il faut donc examiner l'argumentation de l'arrêt Zürcher (cf. *supra* III § 3 B a) dans le cadre général du concours d'actions puisqu'elle ne s'inspire pas de l'élément communautaire, trait supplémentaire qui caractérise la solidarité parfaite, du moins dans le cadre normal (cf. *supra* II § 2 B).

### 1.1. La solidarité est-elle un mécanisme logique ?

« Diese (die Solidarität) lässt sich nicht logisch begründen und ergibt sich auch nicht aus dem Wesen der Adäquanz... », déclare l'arrêt Zürcher.

Cette affirmation tend à dégager la solidarité au sens large des principes généraux de la responsabilité civile, pour en faire un mécanisme autonome, qui répond à sa propre finalité.

Il est nécessaire de remonter assez loin dans les fondements de la responsabilité civile pour comprendre la place de la solidarité dans l'édifice général.

En principe, chacun doit supporter le dommage qui l'atteint dans son patrimoine. Lorsque les conditions d'une norme de responsabilité sont remplies, la totalité du fardeau du dommage passe des épaules du lésé sur celles du responsable. C'est pour assurer ce transfert total que l'on a posé le principe de la *causalité*, indivisible par essence, qui empêche une appréciation de l'obligation de réparer en fonction du rôle joué par le facteur dont on répond<sup>290</sup>. Chacun répond de tout le dommage qu'il a causé, sans égard au fait que d'autres causes ont concouru à la survenance du dommage<sup>291</sup>.

C'est en posant la règle de la causalité que l'on a voulu protéger le lésé. Cette volonté de protection se justifie par le fait que les normes de responsabilité sont fondées sur des motifs d'équité. Celui qui a réuni les conditions d'une norme de responsabilité s'est mis dans une

---

<sup>290</sup> La théorie de la causalité adéquate, retenue par la jurisprudence suisse, admet parfaitement le caractère indivisible de la causalité. Il n'y a pas à déterminer des pourcentages, la causalité est ou n'est pas donnée. La théorie de la causalité adéquate ne se distingue pas sous cet angle de la théorie de la causalité naturelle ; le but de cette notion distincte est uniquement de ne pas retenir la causalité du point de vue juridique lorsque l'enchaînement des faits revêt un caractère par trop extraordinaire. Oftinger, *op. cit.*, I, p. 57 et ss.

<sup>291</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, I, p. 73 et 77/8 ; RO 97 II 339 : Bürren c/ Schärer et Flückiger.

situation qui justifie en équité le transfert total du fardeau de la réparation. Le principe selon lequel chacun supporte le dommage qui l'atteint s'efface devant la motivation éthique d'une norme de responsabilité. Le responsable ne pourra donc pas empêcher le transfert total du fardeau de la réparation en invoquant le rôle causal joué par un fait neutre, ou le fait d'autrui. La notion d'indépendance des obligations empêche également d'invoquer l'obligation d'autrui pour réduire la sienne propre.

Le besoin de protection du lésé paraît ainsi satisfait, et on ne voit pas qu'il y ait lieu de s'en inspirer à nouveau dans le mécanisme de la solidarité au sens large <sup>292</sup>.

Il est évident que ce renversement total du fardeau de la réparation manque de nuances. C'est la raison pour laquelle, on a institué, *par exception*, un nombre limité de causes personnelles d'atténuation de la responsabilité. Il s'agit de correctifs d'équité qui permettent au responsable, dans certains cas particuliers, d'éviter le transfert total du fardeau de la réparation. Ce sont donc des instruments qui doivent intervenir après l'application du principe de la causalité adéquate. Ce dernier ne saurait en empêcher le fonctionnement.

S'il y a *pluralité de responsables*, la règle de la causalité adéquate prive en principe chaque coresponsable du droit d'invoquer le rôle causal joué par le comportement d'autrui <sup>293</sup>. On ne voit pas cependant pourquoi les exceptions personnelles ne pourraient pas déployer normalement leurs effets, puisqu'il s'agit d'instruments qui interviennent dans un second stade du raisonnement, à titre de correctifs d'équité en faveur du responsable.

Nous avons vu que le mécanisme de la solidarité est le plus logique parmi tous ceux que l'on a conçus en cas de pluralité de responsables (cf. *supra* I § 2 A).

Le but de la responsabilité civile est d'assurer, dans certains cas, la réparation du dommage causé à autrui. Il s'agit donc de rétablir le statu quo ante, et, dans cet esprit, le principe indemnitaire (ou de non-

---

<sup>292</sup> Au contraire, Engel estime que la solidarité est « surajoutée » à la théorie de la causalité adéquate, et doit donc constituer un privilège supplémentaire pour le lésé, que la solidarité soit parfaite ou imparfaite. Engel, *op. cit.*, p. 377/8.

<sup>293</sup> Ce principe connaît cependant des exceptions. Voir à ce sujet RO 97 II 221 cons. 4 et 5 = JT 1972, p. 373 : Traber c/ Steckborn Kunstseide et ses rappels de jurisprudence.

enrichissement) s'impose en toute logique. Comme la pluralité de responsables ne saurait être un inconvénient pour le lésé, il est logique qu'il puisse s'en prendre à chaque coresponsable comme si celui-ci était seul responsable envers lui. Le principe indemnitaire exige alors l'effet extinctif général, lequel, très logiquement, ouvre le problème des recours sur le plan interne.

Le mécanisme de la solidarité nous paraît parfaitement logique, et il trouve tout naturellement sa place dans l'institution générale de la responsabilité civile, aux côtés de la causalité adéquate et des exceptions personnelles.

## 1.2. *La solidarité a-t-elle pour but de favoriser le lésé ?*

« Die solidarische Haftung beruht vielmehr auf dem Bestreben, dem Gläubiger eine möglichst vollständige Befriedigung für seine Ansprüche zu sichern » poursuit l'arrêt Zürcher<sup>294</sup>. Selon le Tribunal fédéral, la solidarité ne serait pas un mécanisme logique, ce ne serait qu'un instrument au service d'une finalité bien précise : assurer au lésé la réparation la plus large.

Le besoin de protection du lésé est assuré par la théorie de la causalité adéquate et la notion d'indépendance des obligations, dont les effets sont atténués par l'existence des exceptions personnelles. On ne voit pas pourquoi il faudrait accorder un avantage supplémentaire au lésé en raison du fait qu'il y a pluralité de responsables. Le lésé ne peut se prévaloir de cette circonstance comme de son fait, il n'y a donc aucun motif légitime pour lui accorder un nouvel avantage.

Il suffit que le lésé puisse s'adresser à chaque coresponsable comme s'il était seul, pour que le système protège le lésé contre l'insolvabilité ou la fuite de l'un des coresponsables. C'est là un avantage suffisant (découlant de la causalité adéquate) pour une circonstance dont le lésé ne peut se prévaloir comme de son fait. Le principe indemnitaire, éminemment juste, postule ensuite une répartition du fardeau de la réparation entre les coresponsables. Finalement, dans le mécanisme de la solidarité, l'existence d'une pluralité de responsables va constituer une chance pour les coresponsables eux-mêmes, puisqu'elle permet une répartition interne du fardeau de la réparation.

Le mécanisme de la solidarité n'est pas davantage une chance pour le lésé que pour les coresponsables. Il nous semble erroné de croire que l'institution est commandée par la volonté de favoriser le lésé.

---

<sup>294</sup> Voir note 289.

1.3. *Peut-on priver un responsable d'une exception personnelle parce que c'est un facteur pris en considération sur le plan interne ?*

L'arrêt Zürcher<sup>295</sup> relève que le degré de gravité de la faute est un élément d'appréciation décisif pour la répartition interne du fardeau de la réparation. Il serait donc illogique de prendre en considération la même circonstance pour apprécier l'étendue de l'obligation sur le plan externe.

Il convient d'emblée de remarquer que l'on ne procède pas, sur le plan externe, à une détermination du montant de l'obligation en fonction de la gravité de la faute commise. Ce n'est que si la faute se présente sous une forme particulièrement légère qu'elle est admise comme cause d'atténuation de la responsabilité. L'opération n'est pas la même : sur le plan externe, on ne mesure pas l'obligation de réparer en fonction de la gravité de la faute, on retient uniquement la faute particulièrement légère (et elle seule) comme facteur de réduction.

Il ne faut pas méconnaître le sens de la répartition interne : il s'agit de répartir entre les coresponsables le fardeau de la réparation dans la mesure où il est commun. Si une exception personnelle est admissible sur le plan externe, c'est l'obligation de réparer elle-même qui est réduite. La répartition interne est une seconde phase nettement distincte, qui se base sur l'étendue des obligations reconnues sur le plan externe. La répartition interne présuppose la responsabilité externe, mais c'est une phase distincte qui obéit à ses propres règles (le droit de recours est un droit propre).

1.4. *Les arguments en faveur d'une appréciation individualisée de l'obligation de réparer.*

Nous avons vu que les arguments avancés par l'arrêt Zürcher pour justifier l'impossibilité d'invoquer des exceptions personnelles en cas de pluralité de responsables ne sont pas convaincants. Nous pensons pour notre part que la solidarité est un mécanisme logique, qui tend à régler la circonstance particulière que constitue une pluralité de responsables, sans porter atteinte aux principes généraux. Il s'agit de tenir compte équitablement de la chance que représente la pluralité de responsables, sans que personne ne soit plus mal traité que si chaque coresponsable était seul tenu en face du lésé. Le principe indemnitaire montre bien que le mécanisme n'a pas pour but de favoriser le lésé.

---

<sup>295</sup> Voir note 289.

Les arguments de l'arrêt Zürcher étant réfutés, il convient d'examiner maintenant les arguments que l'on peut invoquer en faveur de la thèse opposée.

Nul n'a jamais prétendu qu'un coresponsable devrait être mis au bénéfice d'une exception personnelle dont il ne remplit pas les conditions à raison du seul fait qu'un autre coresponsable, lui, en remplit les conditions. Il est bien évident que l'existence fortuite d'une pluralité de responsables ne peut pas permettre à une personne d'invoquer les facteurs atténuants d'autrui. Cependant, si l'on admet que les causes d'atténuation ne peuvent se communiquer, on ne voit pas pourquoi les causes d'aggravation pourraient se communiquer, de telle sorte qu'un coresponsable se trouve privé de l'exception dont il remplit les conditions par le seul fait, fortuit, qu'un autre responsable n'en remplit pas les conditions.

S'il est vrai que nul ne peut se prévaloir de l'existence d'une pluralité de responsables comme de son fait, il faut en tirer toutes les conséquences. Si la pluralité de responsables ne peut réduire l'obligation de tel responsable, elle ne peut non plus l'augmenter.

Si l'on admettait une solution contraire, tout se passerait comme si la pluralité de responsables, circonstance fortuite, donnait naissance à une responsabilité supplémentaire pour le fait d'autrui. On ne voit pas ce qui pourrait justifier une telle obligation d'endosser la condition d'autrui. Le mécanisme de la solidarité ne tend pas du tout à affecter l'étendue de l'obligation externe, ça n'est pas une norme de responsabilité !

Dans un cas de concours d'actions, il n'y a généralement aucun rapport entre les coresponsables. L'obligation de chacun obéit à des conditions qui lui sont propres et reste fondamentalement indépendante de celle des autres.

Une appréciation individualisée des diverses obligations de réparer conduit à des solutions parfaitement logiques, aussi bien dans les rapports externes que dans les rapports internes. La pluralité de responsables, circonstance fortuite, ne peut être qu'une chance, puisqu'elle permet une répartition du fardeau de la réparation ; elle ne doit donc prêteriter personne. Seule la solution préconisée par Bürgi et Hirsch permet ce résultat.

Le responsable recherché ne peut invoquer la circonstance fortuite d'une pluralité de responsables pour réduire son obligation envers le lésé. Il n'y a en effet aucune raison qu'une circonstance fortuite mette en péril les droits du lésé, alors que la responsabilité du sujet est

donnée. D'un autre côté, il n'y a aucune raison d'aggraver la responsabilité parce que le hasard a voulu une coresponsabilité.

Quant au tiers responsable, non recherché par le lésé, son obligation externe n'est pas modifiée. Si un coresponsable éteint sa dette par le jeu de l'effet extinctif général, le problème de la répartition interne va se poser, mais en aucun cas le sujet ne pourra être tenu à davantage que son obligation externe <sup>296</sup>.

Chaque responsable, recherché par le lésé, pourra faire valoir toutes ses exceptions personnelles, à l'exclusion des exceptions d'autrui. La communication des circonstances atténuantes ou aggravantes est exclue par le principe qui veut que la pluralité de responsables ne joue pas de rôle sur la détermination de l'obligation externe de chacun.

L'impossibilité d'invoquer une exception personnelle ou la faculté de faire valoir une exception qui n'appartient qu'à un autre coresponsable suppose une confusion des situations. Une telle « communicabilité » créerait artificiellement <sup>297</sup> une uniformisation des traitements qui est étrangère au domaine de la responsabilité civile, et qui est peut-être incompatible avec le sens de la Justice lui-même. La dignité du Moi exige une appréciation individualisée de la responsabilité. L'imputation à une personne du comportement et de la situation d'autrui est, dans une large mesure, une opération artificielle. Comment peut-on croire à l'interchangeabilité parfaite des individus ? Les hommes n'aiment pas entrer dans la peau des autres et endosser un passé qu'il n'ont pas vécu.

Nous concluons donc, dans le sens de la doctrine moderne, à une appréciation individualisée de l'obligation (à l'égard du lésé) de réparer le dommage causé. On ne peut aggraver la responsabilité d'une personne uniquement pour éviter au lésé le risque de devoir intenter plusieurs actions s'il ne parvient pas à déterminer d'emblée le responsable tenu à la somme la plus élevée, alors qu'il lui suffirait de mettre en cause les autres coresponsables, dans le cadre du même procès, pour se prémunir contre ce risque. Nous allons examiner maintenant si les particularités de la solidarité *parfaite* justifient une solution différente.

---

<sup>296</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 51, note 23 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 9 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 312 et ss (surtout 313/4), ainsi que ses nombreuses références.

<sup>297</sup> Nous pensons que l'uniformisation serait artificielle parce que la circonstance fortuite d'une pluralité de responsables en serait la seule justification, alors que cette circonstance n'affecte pas, logiquement, les fondements de la responsabilité.

## 2. En cas de solidarité parfaite.

Il nous faut rechercher si les particularités de la solidarité parfaite imposent une solution spéciale au problème de l'opposabilité des exceptions que nous venons de traiter. Si tel est le cas, il faudra conclure à l'existence d'une différence sensible de nature entre les deux types de solidarité, dont la conséquence pratique ne serait pas dénuée d'importance. Une réponse négative ne pourra que nous inciter à nous rallier à la tendance qui préconise l'abandon du dualisme.

Pour rechercher s'il y a lieu de faire une exception au principe que nous avons énoncé en matière d'opposabilité des exceptions personnelles, il faut considérer le cas le plus typique de la solidarité parfaite : l'article 50 CO. Nous savons en effet que le sens profond de la distinction s'est partiellement perdu sous l'effet des critiques doctrinales, et que la législation a multiplié les cas de solidarité parfaite.

Ce qui justifie la solidarité parfaite dans l'hypothèse de l'article 50 al. 1 CO, c'est l'existence d'une participation volontaire à un complexe de faits dommageable. Il se crée donc une association volontaire au comportement d'autrui, une sorte de communauté de volontés.

Il y a dans la réunion des volontés une tension vers l'unité qui comporte nécessairement une renonciation à la singularité, au Moi. Il se crée une sorte de personnalité unique pour tous les actes qui découlent d'une manière prévisible du but de la communauté. Celle-ci présuppose une connaissance et une acceptation de la personne du partenaire. La volonté de s'unir est une réalité psychologique qui comporte une prise en charge du comportement, même éventuel, du partenaire. Il n'y a plus à distinguer qui a fait quoi, parce que l'unité du but réunit tous les membres de la communauté ; chacun n'est que l'organe d'une volonté commune, il veut les actes d'autrui comme les siens propres et il s'associe ainsi à la faute des autres. Celui qui aspire à l'unité doit en assumer et les avantages et les inconvénients ; il ne peut, pour des raisons de commodité, à l'égard de certaines personnes seulement, dissoudre la réalité de l'union dans la multiplicité des partenaires.

C'est cette idée, juste en soi, qui a probablement inspiré le législateur lorsqu'il a affirmé, à l'article 50 al. 1 CO, qu'il n'y a pas « lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice ». Se fondant sur cette phrase, la doctrine et la jurisprudence ont conclu qu'il n'y avait pas à considérer la gravité de la faute de chacun<sup>298</sup>, ni le

---

<sup>298</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 50, note 1 ; Oftinger, *op. cit.*, I, p. 293 ; RO 57 II 417 = JT 1932, p. 345 : Frick c/ Suter ; RO 57 II 28 = JT 1931, p. 272 : Herzog c/ Hauert et Amrein ; RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger.

moment des différentes interventions (sauf absence de causalité)<sup>299</sup>, ni le caractère indispensable ou non de l'aide apportée par chacun<sup>300</sup>. On a ainsi conclu que tous les participants étaient nécessairement tenus sur le plan externe pour le même montant<sup>301</sup>. Toutes les responsabilités se trouveraient automatiquement alignées sur la responsabilité la plus engagée ; aucun coresponsable ne pourrait invoquer une exception personnelle dont tous les coresponsables ne remplissent pas les conditions. Quittant le cadre de l'article 50 al. 1 CO, on a vu dans ce principe un trait caractéristique de la solidarité parfaite en général<sup>302</sup>.

Face aux critiques de la doctrine moderne<sup>303</sup>, il convient de se demander si l'on a tiré de l'élément communautaire ses justes conséquences.

Si toutes les obligations externes ont exactement le même contenu, et cela automatiquement, on constate qu'elles perdent leur autonomie au point que l'on se rapproche de l'idée selon laquelle il n'y aurait qu'une seule obligation, mais plusieurs titulaires passifs. On peut se demander s'il n'y a pas dans cette théorie une résurgence de la notion de corréalité qui n'est précisément par reçue en droit suisse.

Il est bien évident qu'un participant accessoire, surtout un complice, peut avoir une culpabilité d'un degré inférieur à celle de l'auteur principal. Le droit pénal lui-même l'admet (art. 25 CP). Si l'on aligne automatiquement la responsabilité de tous les participants sur celle du responsable le plus engagé, on obéit manifestement à l'idée que la participation est en soi un acte tellement répréhensible qu'il prive du droit à une appréciation individualisée et donne une priorité absolue à la réparation la plus complète du préjudice subi par le lésé. Refuser l'individualisation des responsabilités, c'est porter une atteinte grave au sentiment de l'équité. Il n'appartient pas au droit civil d'imposer un surcroît de responsabilité dans un but exclusivement punitif, et dans l'espoir de réfréner la formation des bandes. C'est là la tâche du droit pénal qui lui-même admet l'individualisation des peines infligées aux parti-

---

<sup>299</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 50, note 4 ; RO 57 II 417 = JT 1932, p. 345 : Frick c/ Suter.

<sup>300</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 50, note 4.

<sup>301</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 50, notes 1 et 4 ; Becker, *op. cit.*, ad art. 50, note 8 ; von Tuhr, *op. cit.*, I, p. 364 ; Ottinger, *op. cit.*, I, p. 293 ; RO 55 II 310 = JT 1930, p. 270 : Häberli-Ingold c/ Flückiger ; RO 57 II 28 = JT 1931, p. 272 : Herzog c/ Hauert et Amrein ; RO 57 II 420 = JT 1932, p. 345 : Frick c/ Suter ; RO 71 II 107 = JT 1945, p. 446 : Schneider et Rey c/ Haymoz.

<sup>302</sup> Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 50, notes 1 et 2.

<sup>303</sup> Voir *supra*, notes 279, 282, 283.

cipants<sup>304</sup>. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que le champ d'application de l'article 50 al. 1 CO n'est nullement limité au domaine pénal et qu'il comporte d'une manière générale les deux types de fautes : l'intention et la négligence (cf. *supra* II § 2 B 1).

La faiblesse de la théorie apparaît d'emblée si l'on considère quelques causes personnelles d'atténuation.

Si l'on prend, par exemple, l'exception de gêne (art. 44 al. 2 CO), on ne voit pas que la participation volontaire au comportement d'autrui emporte confusion des situations patrimoniales. L'association à une action particulière ne met pas le pauvre au bénéfice des ressources du riche, dans la plupart des cas du moins. La communauté des volontés ne change rien au fait que la réparation exposerait tel débiteur à la gêne. L'élément communautaire ne saurait justifier l'inadmissibilité par principe de cette exception en cas de solidarité parfaite.

Si l'on pense à l'acte de complaisance en tant que cause d'atténuation de la responsabilité (art. 59 al. 3 LCR), on ne voit pas que l'élément communautaire fasse obligatoirement obstacle à l'existence de cette exception. Supposons que deux automobilistes rivalisent en faisant une course de vitesse (non organisée) et qu'il survienne un accident dans lequel le passager de l'une des voitures est blessé. On ne voit pas en quoi l'entreprise commune affecterait le fait que le passager était transporté grâce à la complaisance de *l'un des deux détenteurs*.

Ce n'est pas par hasard que la théorie de l'alignement automatique des responsabilités a été formulée au sujet de l'exception de légèreté caractérisée de la faute (art. 43 al. 1 CO)<sup>305</sup>. En effet, c'est typiquement sur l'appréciation de la faute que l'élément communautaire déploie ses conséquences.

L'existence d'une communauté de volontés ne peut jouer de rôle que dans la mesure où les représentations psychologiques influencent l'obligation de réparer. C'est précisément dans le cadre de l'appréciation de la faute qu'on doit prendre en considération l'état d'esprit du sujet. Il est évident que l'on ne doit pas juger la culpabilité d'après le seul comportement extérieur, mais que l'on doit tenir compte du fait qu'une personne a pu s'associer pleinement, sur le plan de la volonté, à l'acte d'autrui. Un participant n'a peut-être commis que des actes très accessoires, mais on ne voit pas pourquoi sa culpabilité serait réduite de ce

---

<sup>304</sup> Chacun est jugé selon sa propre culpabilité (art. 63 CP). La qualité de participant accessoire ne constitue pas en soi un motif d'atténuation de la peine (art. 24 CP). Dans le cas particulier du complice, le juge a la faculté, mais non l'obligation, d'atténuer la peine (art. 25 CP ; atténuation simple selon l'art. 65 CP). Hafter, *op. cit.*, p. 227/8 et 234.

<sup>305</sup> Voir *supra*, notes 275, 265, 266, 267.

fait, alors qu'il a voulu le comportement de l'auteur principal comme le sien propre et qu'il était prêt à le suppléer.

Il n'est pas vain d'attirer l'attention du juge sur le fait qu'en cas de pluralité de responsables, l'existence d'une communauté de volontés doit être prise en considération dans l'appréciation de la faute de chacun.

Il n'y a pas à toucher au mécanisme de la solidarité pour mettre en lumière une règle qui est déjà contenue toute entière dans la notion de faute. Il est bien connu que la faute doit s'apprécier en fonction de toutes les circonstances du cas d'espèce ; une prise en charge, du point de vue psychologique, du comportement d'autrui est précisément l'une de ces circonstances qui permettra de conclure qu'une faute n'est pas légère nonobstant le rôle effectif réduit joué par tel participant. Dans toute la mesure où le degré de gravité de la faute influence la responsabilité, l'élément communautaire pourra jouer son rôle. C'est sous cet angle de l'appréciation de la faute qu'il est de nature à affecter les exceptions personnelles si elles font appel à cette notion (légèreté caractérisée de la faute et même la gêne : cf. art. 43 al. 1 CO et 44 al. 2 CO).

La faute devant s'apprécier en fonction des particularités de chaque cas, il convient de se garder de tout schématisme. C'est dans chaque cas d'espèce qu'il faut considérer dans quelle mesure il y a eu association pleine et entière au comportement d'autrui. Il n'y a pas à exclure automatiquement les exceptions personnelles qui présupposent une faute légère. Quant aux exceptions qui ne font pas appel à la notion de faute (acte de complaisance), l'élément communautaire est sans pertinence et ne saurait exercer la moindre influence.

La quête de la Justice passe par un effort tendant à tenir compte des particularités de chaque situation et de chaque personnalité. Les exceptions personnelles ont pour fonction de corriger en équité le principe selon lequel le responsable est tenu à la réparation totale du dommage qu'il a causé d'une manière adéquate. D'aussi précieux instruments de justice ne peuvent être affectés par l'existence d'une pluralité de responsables que si cette circonstance les prive de leur raison d'être.

Nous concluons donc à l'abandon total de la règle de l'inadmissibilité des exceptions personnelles en cas de solidarité parfaite.

Il reste à savoir si cette construction est compatible, de lege lata, avec la formulation embarrassante de l'article 50 al. 1 CO. Le texte de la loi ne nous oblige-t-il pas à poser une règle différente pour le cas particulier de la solidarité parfaite fondée sur la communauté des fautes ?

Nous pensons pour notre part qu'il faut résolument donner une signification nouvelle à l'affirmation selon laquelle il n'y a pas « lieu de dis-

tinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice ». Nous croyons que le législateur a simplement voulu prévenir l'éclosion d'exceptions personnelles nouvelles, sans modifier en rien les exceptions instituées par ailleurs. On aurait en effet pu songer à faire de la participation accessoire (instigation ou complicité) une cause nouvelle d'atténuation de la responsabilité. Le fait de n'être qu'un complice ou un instigateur ne constitue pas en soi une cause d'atténuation ; il ne peut y avoir réduction de l'obligation de réparer que si les conditions d'une cause d'atténuation reconnue par la loi sont remplies. Le degré de culpabilité ne permet une réduction de l'obligation de réparer que s'il y a légèreté caractérisée de la faute (art. 43 al. 1 CO). Dans la détermination du montant de l'obligation de réparer, la qualité d'instigateur, d'auteur principal ou de complice ne joue en soi aucun rôle.

### C) Conclusion.

Nous voulons maintenant résumer brièvement notre position quant à l'admissibilité des causes d'exonération et d'atténuation de la responsabilité en cas de pluralité de responsables.

#### a) *Les causes d'exonération.*

Les causes d'exonération peuvent toujours être invoquées parce qu'elles font obstacle à la responsabilité elle-même. C'est un problème qui se rattache à l'étude des normes de responsabilité. Le mécanisme de la solidarité présuppose une pluralité de responsables, il est sans application à l'égard d'une personne qui n'est pas tenue à réparation parce qu'elle n'a pas rempli les conditions positives et négatives d'une norme de responsabilité.

#### b) *Les causes communes d'atténuation.*

Les exceptions communes peuvent toujours être invoquées, parce qu'elles se fondent sur la situation ou le comportement du lésé, *sans égard à la situation ou au comportement du responsable*, ce qui fait que la pluralité de responsables n'affecte pas le bien-fondé de l'exception.

#### c) *Les causes personnelles d'atténuation, lorsque tous les coresponsables remplissent les conditions des mêmes facteurs de réduction.*

Lorsqu'il se trouve que tous les coresponsables réunissent les conditions de la même exception personnelle, il n'y a aucune raison de les priver du droit de l'invoquer. L'existence, généralement fortuite, d'une

pluralité de responsables ne saurait être une circonstance aggravante pour soi.

d) *Les causes personnelles d'atténuation dans les autres cas.*

Chaque coresponsable doit pouvoir invoquer les exceptions personnelles qui lui sont propres, même si un autre coresponsable n'en remplit pas les conditions. Il n'y a ni communication des circonstances atténuantes, ni communication des circonstances aggravantes. La pluralité de responsables ne doit pas conduire à une confusion des situations et des comportements. Il ne ressortit pas à la nature du mécanisme de la solidarité de s'opposer à une individualisation qui répond à un postulat de justice.

Il n'y a pas à faire de distinction, dans le domaine de l'admissibilité des causes d'exonération et d'atténuation de la responsabilité, entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.

Pour parvenir à l'application de ces principes en droit positif, il faut procéder à une interprétation nouvelle de la formule de l'article 50 al. 1 CO selon laquelle il n'y a pas « lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice ». Il convient d'admettre que ces termes ont pour seule portée d'empêcher que la qualité de participant accessoire soit reconnue comme un facteur de réduction en soi.



## CHAPITRE IV

# CRITIQUE DE LA DISTINCTION

### § 1. DISCUSSION DU PROBLÈME.

#### A) *Critique du principe de la solidarité.*

Nous avons déjà passé en revue les différentes manières de traiter une pluralité d'obligés (cf. *supra* I § 2 A). Nous voulons relever maintenant les raisons pour lesquelles le principe de la solidarité au sens large, hérité du droit romain (cf. *supra* I § 2 B) et repris par les droits voisins (cf. *supra* I § 2 C), ne saurait être abandonné.

Il peut se produire que plusieurs personnes soient tenues de satisfaire le même intérêt du créancier. Il y a deux hypothèses possibles :

- a) les coobligés se sont engagés à l'exécution de la même prestation (et la loi, la nature de la prestation ou des stipulations excluent la division sur le plan externe) ;
- b) les coobligés sont tenus de réparer le même dommage.

Dans l'hypothèse de l'engagement conjoint, le créancier ne désire qu'une seule exécution. Dans le cas des coresponsables, le lésé n'a pas d'intérêt légitime à obtenir davantage que la réparation de son dommage. On constate donc que l'exécution par l'un quelconque des codébiteurs consume d'autant l'intérêt du créancier et met donc fin, à due concurrence, à toutes les obligations externes.

Comme chaque débiteur est personnellement tenu d'exécuter une prestation, il ne peut invoquer la présence des autres obligés pour réduire son obligation à l'égard du créancier. Pour le cas des coresponsables, ce principe découle non seulement de l'indépendance des obligations mais encore de la théorie de la causalité adéquate, qui exclut que le fait d'un tiers soit un facteur de réduction, sous réserve de certaines exceptions (cf. *supra* p. 86). Dans l'hypothèse des engagements

conjointes et solidaires, c'est la volonté des parties, ou une disposition légale instituant la solidarité qui exclut la division de la créance entre les coobligés.

Le créancier peut donc exiger de chaque débiteur qu'il exécute toute la prestation à laquelle il est tenu à son endroit. Ce droit s'éteint cependant dans la mesure où l'intérêt du créancier a été satisfait par l'exécution d'autrui.

Comme le créancier choisit librement le codébiteur qu'il entend rechercher, et que le désintéressement par l'un des coobligés libère les autres, il paraît équitable que le débiteur qui a dû désintéresser le créancier puisse s'adresser au juge, à l'effet d'obtenir une juste répartition du fardeau de la réparation entre les obligés.

On désignera sous le terme « responsabilité de chacun pour le tout » (art. 143 al. 1 CO)<sup>306</sup>, le principe selon lequel l'existence des autres débiteurs ne réduit pas l'obligation de chacun. Si les diverses dettes se chevauchent de telle sorte que le cumul des prestations excéderait l'intérêt du créancier<sup>307</sup>, il est logique de prévoir l'effet extinctif général qui a pour corollaire le régime des actions récursoires, afin d'attribuer et de distribuer équitablement entre les codébiteurs le fardeau de la prestation. On peut donc conclure que tout le système de la solidarité au sens large découle très logiquement du principe de la « responsabilité de chacun pour le tout ».

Il convient donc d'examiner maintenant ce principe dit de la « responsabilité de chacun pour le tout », qui est à l'origine de tout le mécanisme<sup>308</sup>.

Dans le cas des engagements conjoints et solidaires, il résulte de la volonté des parties, éventuellement présumée par une disposition légale, qu'elles ont voulu exclure une division de la créance, de manière à permettre au créancier de réclamer le tout à chacun. On provoque volontairement une sorte de cumul d'obligations avant l'exécution. Ainsi, au lieu de n'avoir qu'un débiteur pour chaque part de sa créance, le créancier en a plusieurs, ce qui lui permet, en cas d'insolvabilité ou de fuite de l'un des codébiteurs, de s'en prendre aux autres, sans réduire

---

<sup>306</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 686 et 689 ; Jansen, *op. cit.*, p. 63 (« Ganzhaftung »). L'expression n'est pas exempte de critiques puisqu'elle fait penser à une obligation unique dont l'étendue est la même pour tous, nous l'emploierons néanmoins en raison de sa concision.

<sup>307</sup> Soit le créancier ne veut qu'une prestation déterminée, et non pas un cumul (c'est le cas de l'engagement solidaire). Soit le créancier n'a pas un intérêt légitime à réclamer davantage qu'une prestation déterminée (c'est l'hypothèse de la réparation du dommage en cas de pluralité de responsables).

<sup>308</sup> Jansen, *op. cit.*, p. 64-6.

son droit à complète satisfaction. La liberté contractuelle permet bien entendu aux débiteurs d'accorder au créancier un tel système, qui garantit mieux ses droits.

Le principe n'implique cependant pas que chaque débiteur sera tenu dans la même mesure<sup>309</sup>. Il est parfaitement possible qu'un débiteur s'engage solidairement jusqu'à concurrence d'une part de la dette d'un autre. La solidarité n'existe alors que dans la mesure de l'obligation de chacun. Le créancier peut à son gré diviser sa créance, rechercher tous les débiteurs ensemble pour le tout, ou ne réclamer le tout qu'à un seul ou plusieurs d'entre eux, tant qu'il n'a pas obtenu satisfaction, mais il ne peut en aucun cas demander à un codébiteur davantage que l'obligation contractée par celui-ci à son égard.

Dans l'hypothèse de la pluralité de responsables, il apparaît juste que l'obligation de chacun ne soit pas réduite par le seul fait, généralement fortuit, qu'il existe plusieurs responsables du même dommage. Chacun doit fournir toute la réparation à laquelle il est tenu, sans égard à la présence des autres, aussi longtemps que l'intérêt du lésé n'est pas satisfait. Le lésé se trouve ainsi protégé contre l'insolvabilité ou la fuite d'un coresponsable, conformément au principe de la solidarité au sens large. Le principe de la responsabilité de chacun pour le tout découle, en cette matière, de l'idée d'une indépendance des obligations conjointes, ainsi que de la théorie de la causalité adéquate, qui veut que chaque responsable réponde de tout le dommage qu'il a causé d'une manière adéquate, sans égard au fait que d'autres causes, notamment le comportement d'autrui, ont également contribué à provoquer le dommage (cf. *supra* p. 86).

Cependant, s'il est vrai que chaque responsable répond de tout le dommage qu'il a causé, sans pouvoir réclamer une répartition du fardeau de la réparation en fonction du rôle causal joué par chaque responsable, ceci ne signifie pas encore que le responsable devra payer un montant de dommages-intérêts qui corresponde au montant du dommage. Après détermination du dommage selon le principe de la causalité adéquate, il convient de procéder à la fixation du montant de l'indemnité (*Schadenersatzbemessung*)<sup>310</sup>.

Il s'agit là d'une étape distincte du raisonnement, postérieure à l'application de la théorie de la causalité adéquate. Le but de cette opération est d'apporter des correctifs d'équité au raisonnement fondé sur la causalité adéquate. Comme le principe de la responsabilité de chacun

---

<sup>309</sup> Von Tuhr, *op. cit.*, p. 684 ; Engel, *op. cit.*, p. 562.

<sup>310</sup> Jansen, *op. cit.*, p. 67/8.

pour le tout découle, en cas de pluralité de responsables, de l'idée d'une indépendance des obligations conjointes ainsi que de la théorie de la causalité adéquate<sup>311</sup>, il n'y a pas lieu d'omettre cette opération uniquement parce qu'il y a plusieurs responsables du même dommage. Il peut se produire que, par le jeu des facteurs d'atténuation de la responsabilité admis au niveau de la Schadenersatzbemessung, les diverses obligations des coresponsables soient fixées à des montants différents, comme dans le cas de l'engagement conjoint et solidaire.

Nous estimons que le mécanisme de la solidarité au sens large est parfaitement logique et équitable<sup>312</sup> aussi bien dans le cas de l'engagement conjoint et solidaire que dans le cas de la pluralité de responsables.

On doit donc approuver l'attitude du droit positif suisse qui consacre le principe de la solidarité au sens large dans tous les cas où plusieurs personnes sont tenues à raison du même dommage.

En matière d'engagements conjoints, la solution du droit suisse paraît également satisfaisante. Lorsque plusieurs débiteurs se sont engagés conjointement à effectuer la même prestation, il paraît équitable, pour tenir compte des réalités psychologiques, d'admettre qu'ils attendent du créancier qu'il divise ses droits par têtes, sauf stipulation contraire. Il est normal également que la présomption puisse être renversée par une disposition légale, pour tenir compte des particularités et des usages quant à certains contrats.

#### B) *Critique de la distinction sous l'angle de ses fondements.*

Après avoir approuvé le mécanisme de la solidarité au sens large, tel qu'il est admis par le droit positif suisse aussi bien en matière d'engagement conjoint que de pluralité de responsables, il convient d'exa-

---

<sup>311</sup> Le fait que les diverses prestations tendent à satisfaire le même intérêt du créancier entraîne l'effet extinctif général. Il est cependant délicat de savoir à quel moment se produit cet effet. Selon la théorie classique, chaque denier versé par l'un des responsables libère d'autant les autres (art. 147 al. 1 CO). Si les responsables ne sont pas tous tenus à concurrence du même montant, on peut soutenir que l'extinction par celui qui est tenu à la somme la plus élevée n'a effet général qu'au moment où sa dette, par suite d'extinction, atteint le niveau de la dette de l'autre (art. 147 al. 1 CO, 85 al. 2 et 87 al. 3 CO). Avec l'article 88 LCR (dont la jurisprudence a étendu le champ d'application), l'effet extinctif général ne se produit qu'au moment où le lésé est certain d'obtenir complète réparation, ce qui supprime les effets des causes de réduction de ses droits, même pour des motifs qui lui sont imputables ; cette solution est critiquable. Cf. note 24. RO 96 II 335 = JT 1971, p. 277 : Genillard c/ CFF et Via.

<sup>312</sup> Jansen, *op. cit.*, p. 72-4.

miner maintenant s'il se justifie d'opérer des distinctions au sein de la solidarité.

La question est donc de savoir si la solidarité au sens large doit être une institution unique, ou s'il convient de distinguer certains cas, pour les doter d'une solidarité qui contienne des particularités ajoutées aux règles du mécanisme général.

La loi ne parle que de solidarité et l'on pourrait penser, à première vue, que le droit suisse connaît le principe de l'unité de la solidarité (cf. *supra* II § 1 A). En réalité, nous avons vu que la jurisprudence et la doctrine dominante font une distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, bien que cette distinction ne soit pas clairement consacrée par le législateur (cf. *supra* II § 1 B et C).

Il ne faut cependant pas croire que cette distinction repose sur l'idée qu'il y a unité d'obligation avec pluralité de titulaires passifs en cas de solidarité parfaite, et pluralité d'obligations distinctes en cas de solidarité imparfaite. On admet toujours qu'il y a pluralité d'obligations, parce que l'on ne conçoit pas que tout ce qui affecte les rapports entre l'un des codébiteurs et le créancier puisse affecter automatiquement les autres.

On a cependant distingué des cas où il existe un rapport de communauté plus ou moins marqué entre les codébiteurs pour dire que les diverses obligations solidaires s'influencent ou se compénètrent dans une certaine mesure. Il y a alors solidarité parfaite. La solidarité est toujours parfaite en cas d'engagement conjoint et solidaire. En matière de pluralité de responsables, il y a solidarité imparfaite, sauf disposition contraire.

La question est de savoir dans quelle mesure les particularités de certains cas justifient des dérogations au mécanisme général, qui postule l'indépendance des obligations solidaires.

Pour qu'une distinction ne soit pas arbitraire, il faut qu'elle opère une différence de traitement justifiée par une différence dans la nature des cas. L'article 143 CO ne donne qu'un critère de distinction purement formel, puisqu'il se contente de renvoyer à la volonté des parties et à la loi. Il y a là un indice permettant de penser que la raison d'être de la distinction n'est pas clairement dégagée (*supra* II § 2 B).

Ne disposant d'aucune idée directrice claire, le législateur en est venu à instituer la solidarité parfaite dans des cas fort différents. Le rapport de communauté entre les codébiteurs, qui semble être le trait caractéristique de la solidarité parfaite, a été compris de manières très diverses (cf. *supra* II § 2 C). On a parfois l'impression que la solidarité

parfaite est instituée lorsque le législateur a la volonté d'avantager le lésé. On en vient ainsi à instituer la solidarité parfaite en songeant à ses effets, alors que ce serait plutôt les effets qui devraient découler d'une particularité claire et bien comprise.

Pour apprécier s'il se justifie de traiter différemment la pluralité d'obligés lorsqu'il existe certains rapports entre les codébiteurs, il paraît intéressant de relever les différents types de communauté que le législateur a retenu pour instituer une solidarité parfaite :

- a) il y a tout d'abord le cas de la communauté volontaire à l'égard de la prestation à effectuer <sup>313</sup> ;
- b) ensuite, il y a la responsabilité à raison de la violation d'un engagement pris conjointement et solidairement <sup>314</sup> ;
- c) il y a également le cas de la communauté volontaire dans l'adoption d'un comportement qui entraîne une obligation de réparer, sans que le dommage n'ait été nécessairement voulu (art. 50 CO) ;
- d) il y a enfin la communauté d'intérêt plus ou moins abstraite, qui peut être admise même sans rapport personnel et volontaire entre les coresponsables, ni acceptation du fait qui a entraîné l'obligation de réparer (par exemple : art. 60 LCR).

---

<sup>313</sup> Ce cas montre qu'il y a toujours solidarité parfaite lorsque plusieurs personnes prennent un engagement conjoint et solidaire, de sorte que le problème de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite ne se pose que dans l'hypothèse d'une pluralité de responsables.

<sup>314</sup> Les hypothèses indiquées sous lettres a et b sont moins distinctes qu'il n'y paraît au premier abord. En effet, l'inexécution constitue la violation d'un devoir relatif, et donne naissance, après résiliation ou résolution, à une dette de dommages-intérêts. On en vient donc à substituer la notion de réparation d'un dommage à la notion de prestation à effectuer. La solidarité n'en demeure pas moins lorsqu'elle a été adoptée ou lorsqu'elle est instituée par la loi en vue de l'exécution de la prestation. Les manifestations de volonté, telles que la mise en demeure, la fixation d'un délai, la résiliation ou la résolution ne déploient d'effet qu'à l'égard du coobligé qui les reçoit. Cependant, la solidarité subsiste, et celui qui exécute en nature libère ceux qui sont tenus à des dommages-intérêts à la suite d'une résiliation ou résolution signifiée à leur endroit. Inversement, le versement des dommages-intérêts libère ceux qui sont encore tenus à l'exécution. Il faut admettre que dans les deux cas l'intérêt du créancier est satisfait, même s'il a choisi la résolution plutôt que la résiliation. En ce qui concerne la mauvaise exécution, elle n'oblige à réparation que le coobligé qui a mal exécuté par sa faute. On peut néanmoins se demander, à mon avis, s'il n'y aurait pas lieu d'admettre également que la solidarité demeure en cas de mauvaise exécution, par le jeu de l'article 101 CO, qui permettrait d'imputer à tous les codébiteurs le comportement de celui qui a mal exécuté. Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 59 (qui ne retiennent pas la construction fondée sur l'art. 101 CO).

Il semble que l'on ait été choqué de devoir traiter de la même façon des cas aussi différents que celui de l'engagement conjoint et solidaire et celui de la pluralité de responsables fondée sur des causes différentes. Dans le premier cas, ceux qui se sont engagés conjointement et solidairement l'ont fait en toute connaissance de cause, dans l'intention de favoriser le créancier, ce qui est admissible en regard de la liberté contractuelle. Dans le second cas, il n'y a aucun lien quelconque entre les coresponsables, et il n'y a aucune raison de favoriser le lésé en supposant une interinfluence entre les obligations qui sont fortuitement conjointes. Cependant, entre ces deux cas extrêmes, il y a une multitude de variantes (pluralité de responsable qui ont des liens entre eux), de sorte que l'on ne sait pas où devrait passer la démarcation entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite.

On aurait pu concevoir une distinction entre le cas de l'engagement conjoint et solidaire, où les codébiteurs ont voulu avantager le créancier, et le cas de la pluralité de responsables où les coresponsables n'ont jamais voulu favoriser le lésé. En réalité, lorsqu'on en vient à présumer la volonté de s'engager solidairement, et à s'interroger sur les rapports qui peuvent exister entre les coresponsables, le critère de distinction s'affaiblit. Il n'y a plus alors qu'une délicate question de nuance : le lien existant entre les codébiteurs présente-t-il une intensité suffisante pour qu'il y ait lieu d'instituer une solidarité parfaite ? La question ainsi posée, l'opportunité de la distinction devient discutable puisqu'elle conduit à des solutions critiquables pour tous les cas-limite.

La solidarité imparfaite apparaît d'emblée comme l'institution la plus logique, puisqu'elle consacre le principe de la pluralité d'obligations indépendantes et traite chaque obligé comme s'il était seul face au créancier. On tient compte du fait qu'il s'agit de satisfaire le même intérêt du lésé, en prévoyant très logiquement le mécanisme de l'effet extinctif général et des droits de recours. On notera que l'évolution du droit romain (cf. *supra* I § 2 B), aussi bien que l'évolution des droits modernes <sup>315</sup> consacrent une indépendance toujours plus large des obligations solidaires.

La solidarité parfaite, partant de l'idée qu'il existe un rapport de communauté entre les codébiteurs, tend à admettre que ce qui affecte l'une des obligations solidaires affecte automatiquement les autres, et que les codébiteurs doivent être interchangeables face au créancier. Cette opération, largement artificielle parce qu'elle ignore les individus,

---

<sup>315</sup> L'attitude du Code allemand, en regard de celle du Code français qui est antérieur, montre nettement cette évolution (cf. *supra*, I, § 2 C).

conduit à favoriser le créancier. Une telle faveur ne peut se justifier sur le plan logique, mais seulement sur le plan de l'équité. On ne voit pas pourquoi cependant il y aurait lieu d'avantager délibérément le créancier. Ce n'est que lorsque les parties ont expressément voulu cette faveur, qu'elle peut éventuellement être justifiée par le principe de la liberté contractuelle.

Un traitement spécial de type « solidarité parfaite » ne se comprend finalement que dans le cas de l'engagement conjoint et solidaire. Il faudrait cependant exiger une stipulation spéciale, pour admettre que les parties ont voulu une construction aussi étrange. En cas de doute, ou de présomption légale, on devrait admettre une solidarité imparfaite également dans le domaine contractuel, parce que c'est la construction la plus logique, qui favorise le créancier en excluant simplement la division externe.

En fin de compte, on ne voit pas que la volonté d'avantager les créanciers ou de tenir compte des liens existant entre les codébiteurs doive conduire à une confusion, même relative, des rapports obligatoires. Il n'y a pas à glisser vers l'unité d'obligation avec pluralité de titulaires passifs, parce qu'il s'agit là d'un concept grossier qui ignore le besoin d'individualisation qui anime la Justice.

### C) Critique de la distinction sous l'angle de ses effets.

Si l'on a jugé bon d'isoler certains cas de solidarité pour les doter d'un régime spécial à raison du rapport de communauté qui les caractérise, il faut encore que les particularités de ce régime découlent logiquement du rapport de communauté caractéristique. Le droit positif suisse a tiré les trois conséquences suivantes de l'élément de communauté :

- a) l'effet interruptif général de la prescription (cf. *supra* III § 1) ;
- b) le refus d'une appréciation individualisée des diverses obligations de réparer (cf. *supra* III § 3) ;
- c) la subrogation en faveur du créancier récursoire (cf. *supra* III § 2).

Nous allons passer rapidement à la critique de ces trois uniques effets <sup>316</sup> de la distinction en droit suisse, pour montrer qu'ils sont sans

---

<sup>316</sup> Il n'existe pas d'autre effet de la distinction. Voir toutefois l'art. 201 al. 2 de la loi genevoise de procédure civile (serment).

rapport logique avec l'élément communautaire qui devrait justifier la distinction.

Pour ce qui est de l'effet interruptif général de la prescription, on peut observer que la communauté qui a existé au moment de la naissance de l'obligation n'implique nullement qu'elle va se poursuivre de manière à permettre à chaque débiteur d'être informé dès que l'un d'entre eux fait l'objet d'un acte interruptif de prescription.

Il faudrait qu'il existe un rapport durable entre les codébiteurs, une forme de contrat de société par exemple. Même si cela était, chaque personne demeure indépendante s'il n'y a pas création d'une entité juridique nouvelle<sup>317</sup> et devrait pouvoir invoquer le bénéfice de la prescription. L'idée ne se justifie donc pas même si l'on se trouve dans un cas particulier où les rapports entre les codébiteurs s'annoncent étroits et durables. L'effet interruptif général de la prescription est un avantage qui ne peut s'expliquer vraiment que dans la théorie de l'unité d'obligation avec pluralité de titulaires passifs, que le droit suisse a précisément rejetée. L'idée de prendre tous les codébiteurs dans la personne de l'un d'entre eux, inspirée éventuellement de la théorie française de la représentation<sup>318</sup>, conduit à une confusion des personnes qui est en soi injuste.

Quant au refus d'une appréciation individualisée des diverses obligations, il se heurte également à de vives critiques. L'existence d'une communauté entre les codébiteurs n'implique pas que celui qui est exposé à la gêne cesse de l'être, ou que l'on ne puisse plus distinguer la gravité des fautes commises par chacun. Il est juste de tenir compte de l'association au fait d'autrui pour apprécier la faute, mais il n'y a pas à opérer un nivellement arbitraire sur l'obligation la plus étendue. Même dans le cas de la solidarité stipulée, chaque débiteur solidaire n'est

---

C'est à tort que Guhl/Merz/Kummer, *op. cit.*, p. 55 voient dans l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO un effet de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite. L'art. 51 al. 2 CO ne s'applique qu'à la solidarité imparfaite fondée sur des *causes différentes*, qui n'est qu'une sous-catégorie de la solidarité imparfaite. Cette règle ne contient donc pas un effet de la distinction entre solidarité parfaite de solidarité imparfaite.

Quant à l'idée selon laquelle on ne peut invoquer, en cas de solidarité parfaite, le fait que la faute d'autrui a influencé la sienne propre, elle se trouve déjà contenue dans le principe de refus de l'individualisation. Jansen, *op. cit.*, p. 106, notes 4/5.

<sup>317</sup> Personne morale ou société en nom collectif ou en commandite.

<sup>318</sup> Présumer des pouvoirs de représentation en cas de solidarité parfaite paraît une opération très artificielle, surtout lorsque la solidarité n'est pas stipulée.

tenu que jusqu'à concurrence de l'engagement qu'il a personnellement contracté, et qui n'est pas nécessairement le même que celui des autres. Rien n'empêche qu'il y ait solidarité entre des débiteurs tenus pour des montants différents. Si l'on prend les sujets deux à deux, chacun n'est solidaire que jusqu'à concurrence de l'obligation la plus réduite des deux ; pour le surplus, le débiteur le plus engagé est seul tenu. Cette construction n'est pas choquante ; elle est la seule qui conduise à des solutions équitables, qui tiennent compte de la situation de chacun.

Le problème de la subrogation est sans rapport avec la communauté qui peut exister entre les débiteurs. Les membres de la communauté ne sont unis que face au créancier et non pas face à l'un d'entre eux. La communauté ne tend en aucune façon à favoriser les actions récursoires entre ses membres. Comme il n'existe en principe aucun rapport privilégié entre le créancier et le débiteur recherché, on ne voit pas pourquoi le créancier serait supposé céder ses droits à son débiteur, pour lui favoriser les actions récursoires.

La subrogation peut paraître équitable dans la mesure où, en mettant la créance récursoire au bénéfice des accessoires qui garantissaient la créance principale, elle compense un peu l'inconvénient qui résulte pour le débiteur du seul fait que le créancier a choisi de le rechercher (il a en effet les risques et les tracasseries des actions récursoires alors que les codébiteurs récursoires ne sont pas solidaires à son égard).

On constate que pour chacun des effets de la distinction on peut choisir le système qui paraît le plus juste ; cependant, aucun des effets n'est vraiment en relation logique avec le rapport de communauté qui fonde la distinction. On pourrait donc en arriver à une institution unique, avec subrogation, individualisation dans l'appréciation des obligations, mais pas d'effet interruptif général de la prescription.

En conclusion, les effets qui ont été déduits de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite sont minimes et sans rapport avec la ratio de la distinction. On doit donc constater que la ratio de la distinction n'appelle aucun effet spécifique. Nous avons déjà vu que la difficulté rencontrée pour déterminer avec précision la ratio de la distinction permettait de mettre en doute l'opportunité de cette distinction. L'analyse des effets de la distinction renforce d'une façon décisive l'impression d'inopportunité déjà ressentie <sup>319</sup>.

---

<sup>319</sup> On se rappellera d'ailleurs que la théorie dualiste, soutenue par les romanistes du XIX<sup>e</sup> siècle et le droit français, est abandonnée au XX<sup>e</sup> siècle, aussi bien par les romanistes modernes que par le code allemand (cf. *supra*, I, § 2 B et C).

## § 2. L'ABANDON DE LA DISTINCTION.

### A) *De lege lata.*

Nous n'avons pas trouvé une distinction suffisamment marquée entre les cas de pluralité de responsables pour qu'il se justifie d'instaurer des traitements différents. L'institution de la solidarité parfaite, telle que la connaît le droit suisse, n'est pas justifiée, puisqu'elle se distingue de la solidarité imparfaite par des effets qui n'ont pas de rapport logique avec l'élément communautaire qui donne lieu à la distinction.

La question se pose maintenant de savoir si la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite pourrait être abandonnée de lege lata, c'est-à-dire par le jeu d'une interprétation nouvelle des textes existants.

Comme la loi ne parle que de solidarité, sans jamais préciser qu'elle vise par ce terme la solidarité parfaite, l'opération est à première vue possible. On pourrait admettre qu'il y a solidarité (unique) dans tous les cas où plusieurs personnes sont tenues de satisfaire le même intérêt du créancier, de sorte que ce dernier peut exiger de chacun la totalité de sa dette, avec effet extinctif général pour les autres.

Les articles 143 et ss CO contiendraient donc la théorie générale de la solidarité unique, étant entendu que certaines dispositions (l'art. 143 et l'art. 148 al. 1 CO) n'envisagent que le cas de l'engagement conjoint, et non celui de la pluralité de responsables.

La règle selon laquelle la solidarité ne se présume pas, découlant en Suisse de l'article 143 CO, aurait pour seule signification d'affirmer qu'en cas d'engagement conjoint, on doit présumer une division de la dette par têtes.

L'article 50 al. 1 CO aurait pour unique portée de préciser que la qualité de participant accessoire n'est pas en soi un motif d'atténuation de la responsabilité.

Quant à l'article 51 CO, il envisagerait également un cas de solidarité (unique), mais aurait pour but de donner au juge une règle directrice pour le partage interne du fardeau de la réparation, lorsque les divers coresponsables sont tenus à raison de causes différentes. L'expression « par analogie » signifierait simplement que l'on ne peut pas transposer exactement la règle de partage applicable en cas de fautes communes, puisqu'il n'y a alors pas d'association à l'acte d'autrui, ni même nécessairement une faute de chaque coresponsable.

La seule difficulté de cette interprétation réside dans le fait que l'on ne pourrait pas expliquer pourquoi le législateur a parfois adopté une disposition dont le seul objet est d'instituer expressément la solidarité.

Il faut remarquer d'emblée que toutes les dispositions qui instituent la solidarité en cas d'engagement conjoint gardent toute leur signification, puisqu'elles ont pour effet de renverser la présomption de l'article 143 CO, en écartant le principe de la division par têtes. Ce n'est que dans les cas de pluralité de responsables qu'il est inutile de dire que ceux qui répondent d'un même dommage sont tenus solidairement.

En réalité, le nombre des dispositions consacrées à instituer la solidarité en cas de pluralité de responsables est assez réduit<sup>320</sup>, et il est moins choquant de rencontrer quelques dispositions superfétatoires<sup>321</sup> que de maintenir une distinction arbitraire.

Si l'on considère maintenant son contenu, la solidarité unique serait régie en principe par les articles 144 et ss. CO. Le problème des rapports internes demeurerait essentiellement jurisprudentiel (art. 50 al. 2 CO), avec quelques règles directrices posées par la loi<sup>322</sup>.

Il sied d'examiner maintenant ce qu'il adviendrait des effets de la distinction que nous avons relevés. Il s'agit de voir si et comment il

---

<sup>320</sup> On pourrait d'ailleurs soutenir que l'art. 60 al. 1 LCR ne fait qu'annoncer l'exception de l'al. 3. L'art. 759 CO n'est qu'un renvoi aux règles générales, comme le montre la teneur de son alinéa 2. On peut faire le même raisonnement avec l'art. 918 CO. Les dispositions qui instituent la solidarité entre membres d'un organe gardent leur sens, puisqu'elles instituent en réalité un devoir commun de surveillance réciproque, ou une obligation conjointe et solidaire (art. 748 ch. 3, 783 al. 2, 826 al. 4, 869 al. 2, 914 ch. 3 CO). L'art. 429 al. 3 CC tend uniquement à supprimer en cas de fraude le mécanisme de cascade posé par les alinéas 1 et 2. L'art. 15 LCD garde son utilité, parce qu'il institue la responsabilité d'une personne morale pour une sanction pénale (amende), ce qui ne découle pas des principes généraux. En définitive, il n'y aurait pratiquement pas de disposition devenue sans portée (sauf peut-être les art. 28 b et 30 LIE, 66 LNA et 33 Lcond.).

<sup>321</sup> Il a bien été admis que toutes les dispositions qui réservent le droit de recours sont devenues sans portée depuis l'adoption de l'art. 51 al. 2 CO (cette disposition n'existait pas dans l'ancien CFO de 1881). La règle selon laquelle l'interprétation ne doit jamais enlever toute portée à une disposition légale n'est donc pas reçue en droit suisse d'une manière absolue, et l'on tolère de simples rappels. Cf. art. 55, 56, 58 CO, art. 18 LRchf, art. 30, 34, 27, 28 LIE, art. 47 de la loi sur le service des postes. Oser/Schoenenberger, *op. cit.*, ad art. 51, note 14 ; Hartmann, *op. cit.*, p. 82 et ss.

<sup>322</sup> L'art. 148 al. 1 CO en cas d'engagement conjoint et solidaire ; l'art. 51 al. 2 CO en cas de pluralité de responsables tenus à raison de causes différentes ; l'art. 60 al. 2 LCR pour le dommage causé entre détenteurs de véhicules automobiles ; l'art. 759 al. 2 CO qui n'exprime qu'un principe général etc. L'art. 50 al. 2 CO contient le principe le plus général. On peut aussi soutenir que l'art. 148 al. 1 CO est la *lex generalis*, écartée dans tout le domaine de la responsabilité civile.

serait possible de parvenir à une institution unique, sous l'angle de la subrogation, de l'effet interruptif général de la prescription et de l'appréciation individualisée des obligations.

Arrivé à ce stade du raisonnement, deux observations doivent être faites :

- a) Nous avons vu que le refus d'une appréciation individualisée des obligations de réparer en cas de solidarité parfaite ne trouve pas d'appui sérieux dans la loi, hormis l'article 50 al. 1 CO qui peut recevoir une autre interprétation.
- b) Nous avons dit également que rien dans le texte de l'article 149 al. 1 CO permet de conclure que cette disposition n'est applicable qu'à la solidarité parfaite, tandis que les autres articles qui emploient les mêmes termes de « débiteur solidaire » et de « créancier » sont applicables aussi bien à la solidarité parfaite qu'à la solidarité imparfaite (art. 144, 145, 146 et 147 CO). Rien dans la ratio de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite n'empêche d'admettre la subrogation de l'article 149 al. 1 CO dans tous les cas de pluralité de responsables. La question n'a d'ailleurs que très peu d'importance pratique, puisque les droits accessoires sont rares dans le domaine de la responsabilité civile, ce qui enlève l'intérêt que l'on peut trouver à doubler un droit propre de recours par une subrogation dans les droits du lésé.

Ces deux remarques montrent que l'on pourrait à première vue supprimer la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, qui n'a pas une raison d'être suffisante, par la simple voie d'une nouvelle interprétation des textes existants. Le problème vient alors à se concentrer sur le troisième effet de la distinction : l'effet interruptif général de la prescription de l'article 136 al. 1 CO qui ne s'applique qu'à la solidarité parfaite. On doit observer immédiatement, comme dans le cas de la subrogation, que rien dans le texte légal ne permet de dire que le législateur a voulu réserver cette disposition exclusivement à la solidarité parfaite. Le principe de l'article 136 al. 1 CO ne procède pas de la ratio de la distinction. On pourrait donc admettre que cette norme s'applique à tous les cas de solidarité, ce qui supprimerait la distinction en lui enlevant son dernier effet.

Cette solution ne serait cependant pas satisfaisante, puisque, comme nous l'avons vu, la règle de l'article 136 al. 1 CO est critiquable du point de vue logique et éthique, même dans le cas de la solidarité

parfaite<sup>323</sup>. On ne peut se satisfaire de la suppression d'une différence de traitement injustifiée, si celle-ci s'accompagne de l'extension du champ d'application d'une norme critiquable.

Il est donc nécessaire d'envisager une action de *lege ferenda*. On notera d'emblée que l'abrogation de l'article 136 al. 1 CO supprimerait un effet important de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, et il deviendrait alors possible, par simple interprétation, de nier tout effet à la distinction et de l'abandonner<sup>324</sup>.

### B) *De lege ferenda*.

Nous ne voulons pas, dans ce dernier paragraphe, sortir du cadre de notre étude, et rechercher des voies résolument nouvelles, par exemple en abandonnant la théorie de la causalité adéquate. Notre intention est simplement d'indiquer brièvement de quelle manière les textes existants pourraient être modifiés pour répondre pleinement aux conclusions de ce travail. Il est rappelé préalablement que la seule abrogation de l'article 136 al. 1 CO permettrait déjà à notre sens la suppression de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite dans des conditions satisfaisantes.

Nous pensons que les articles 143 et ss CO devraient contenir la réglementation générale de la solidarité unique. Pour cela, il faudrait que l'article 143 CO soit révisé. Il est regrettable que cet article introductif parle d'emblée du cas particulier de la solidarité stipulée, de telle sorte que l'on puisse penser que l'aliné 2 ne vise que les solidarités instituées par la loi, en matière contractuelle, pour présumer ou imposer une stipulation fictive. On doit absolument éviter que l'article 143 CO ait pour effet de réduire la portée de tout le chapitre au seul domaine contractuel. A notre sens, l'article 143 CO devrait dire qu'il y a solidarité :

- a) lorsque plusieurs personnes répondent d'un même dommage ;
- b) lorsque plusieurs personnes se sont engagées à fournir une même prestation ; cependant, à défaut d'une stipulation ou d'une disposition légale instituant la solidarité, celle-ci ne se présume pas, de sorte que le créancier doit diviser sa créance entre les débiteurs qui se sont engagés conjointement.

---

<sup>323</sup> Jansen, *op. cit.*, p. 108/9 ne trouve pas critiquable la règle de l'art. 136 CO et propose de l'admettre dans tous les cas.

<sup>324</sup> On pourrait envisager d'abroger également les règles spéciales des art. 83 al. 2 LCR et 39 al. 2 Lcond.

L'article 144 al. 1 CO devrait être revu également. Il conviendrait de supprimer les mots « de l'obligation » qui donnent l'impression que l'on se trouve face à une dette unique avec pluralité de titulaires passifs. Il faudrait ajouter à cette place : « dans toute la mesure où le débiteur recherché est tenu à son endroit. » On enlèverait ainsi l'idée que la solidarité implique que tous les codébiteurs soient tenus dans la même mesure.

Quant à l'alinéa 2 de l'article 144, les termes « jusqu'à l'extinction totale de la dette » devraient être remplacés par les mots : « jusqu'à complète satisfaction du créancier. » Cette formulation supprimerait également l'idée d'une dette unique avec pluralité de titulaires passifs, et ouvrirait la voie à une interprétation s'inscrivant dans l'esprit de l'article 88 LCR. Si l'on voulait résolument éviter cette évolution, il faudrait refondre l'alinéa et dire par exemple : « Chaque débiteur demeure tenu dans la mesure où le créancier n'a pas été satisfait à concurrence de la dette du débiteur considéré, par les prestations de l'un ou l'autre des débiteurs solidaires. »

A l'article 145 al. 1, l'expression « de l'obligation solidaire » devrait être remplacée par « de son obligation », pour supprimer à nouveau l'idée de l'obligation unique à débiteurs multiples. Il y aurait lieu d'ajouter un alinéa 3 disant que « Dans les cas de pluralité de responsables, chacun peut invoquer les facteurs d'exonération ou d'atténuation qui lui sont propres, même s'ils ne sont pas communs à tous ; le fait d'être un participant accessoire en cas d'action volontairement commune ne constitue pas en soi un motif de réduction de l'obligation de réparer. »

L'article 146 pourrait subsister sans modification.

Quant à l'article 147, son alinéa 1 pourrait éventuellement être remodelé pour éviter l'idée de l'obligation unique. On songe à une formulation du genre : « La satisfaction, par paiement ou par compensation, donnée au créancier par l'un des débiteurs libère d'autant tous les débiteurs solidaires. »

Si l'on voulait adopter un régime inspiré de l'article 88 LCR (ce que nous ne préconisons pas pour notre part), il faudrait intercaler dans l'article 147 un nouvel alinéa 2 disant : « Dans les cas de pluralité de responsables, l'effet extinctif général ne se produit que dans la mesure où le lésé obtient complète réparation de son dommage. »

Un nouvel article 148 bis CO devrait être introduit, dont le contenu pourrait être le suivant :

## Recours

### « Règles de partage.

1. Dans le cas d'un engagement conjoint et solidaire, chaque débiteur devra supporter, à la suite des recours, une part de la dette égale à celle de chacun des autres, sauf convention ou disposition contraire.
2. Dans le cas d'une pluralité de responsables, le fardeau de la réparation sera réparti en fonction de la gravité des fautes commises et, dans une moindre mesure, du rôle causal joué par le risque quand celui-ci fonde une responsabilité ; on pourra également tenir compte de l'importance de la contreprestation reçue pour la promesse de réparer le dommage. Lorsqu'aucun autre critère n'est applicable, le dommage sera réparti par parts égales.
3. Lorsque plusieurs responsables sont tenus à raison de causes différentes, le juge observera en principe l'ordre des responsabilités suivant (le responsable d'une ligne postérieure a son recours contre le responsable d'une ligne antérieure) :
  - a) responsable à raison d'une faute ; la violation d'un devoir général passe avant la violation d'un devoir relatif ;
  - b) responsable à raison d'une promesse de réparer le dommage dans un contrat bilatéral ; le responsable qui a causé le dommage passe avant celui qui ne l'a pas causé ;
  - c) responsable à raison du risque ;
  - d) responsable à raison de la simple causalité ;
  - e) responsable à raison d'une promesse gratuite de réparer le dommage ; dans ce cas, celui qui a causé le dommage passe avant celui qui ne l'a pas causé ;
  - f) responsable en vertu de la loi, sans causalité.

Lorsqu'un responsable appartient simultanément à deux ou plusieurs lignes, il est classé exclusivement dans la première ligne dont il remplit les conditions. »<sup>325</sup>

L'article 149 CO serait maintenu. Les articles 51 et 136 al. 1 CO seraient abrogés. L'article 50 CO serait réduit à son alinéa 3 (responsabilité du receleur).

---

<sup>326</sup> On trouvera un autre ordre des responsabilités qui tend également à nuancer la règle de l'art. 51 al. 2 CO, dans : Gilliard, *op. cit.*, p. 288 et ss.

On pourrait envisager également d'abroger toutes les dispositions des lois spéciales qui ont pour seul objet l'institution de la solidarité dans un cas de responsabilité civile, parce que ces normes deviendraient superflues (cf. *supra* note 320).

Ce modeste paragraphe n'a pas la prétention de poser des solutions définitives et de résoudre tous les problèmes ; son seul but était d'illustrer les positions prises au cours de ce travail, pour les soumettre à la réflexion critique.



## CHAPITRE V

### CONCLUSION

Nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence font une distinction, en droit suisse, entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite. Cette distinction, qui n'existe que dans le domaine de la pluralité de responsables, repose sur l'idée qu'il y a un rapport de communauté entre les codébiteurs lorsque la solidarité est parfaite. En réalité, le rapport de communauté est conçu, suivant les cas de solidarité parfaite, de manière très différentes. Il appartient au législateur de dire dans quels cas de responsabilité plurale l'élément communautaire est jugé suffisant pour fonder une solidarité parfaite. La manière très diverse dont le législateur a compris l'élément communautaire caractéristique de la solidarité parfaite montre que l'on se trouve en présence d'un critère incertain. Dans l'ensemble, il apparaît que l'on fait une différence de traitement arbitraire, puisque la nécessité de la distinction n'est certainement pas évidente.

Sous l'angle de ses effets, nous avons vu que la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite ne conduit qu'à des conséquences mineures et sans rapport logique avec la ratio de la distinction, c'est-à-dire l'élément communautaire. Cela ne fait que corroborer l'opinion selon laquelle la distinction n'est qu'une complication injustifiable. L'effet principal de la distinction, le refus d'une appréciation individualisée des diverses obligations de réparer en cas de solidarité parfaite, ne trouve aucun point d'appui dans le texte légal, et devrait disparaître, du point de vue éthique et logique, même si l'on voulait maintenir la distinction. Quant à la subrogation, rien n'empêche de l'admettre dans tous les cas. L'effet interruptif général de la prescription ne découle pas non plus d'une application logique du critère de l'élément communautaire. Nous pensons que cet effet de la distinction devrait être supprimé et nous préconisons, de lege ferenda, l'abrogation de l'article 136 al. 1 CO.

Nous préconisons donc l'abandon de la distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite qui nous paraît injustifiée aussi bien

quant à son fondement que quant à ses effets. Bien que la loi ne consacre pas expressément la distinction, nous estimons que sa suppression de lege lata s'annonce difficile en raison de deux écueils :

— On peut se demander si le législateur n'en est pas venu à consacrer lui-même la distinction en édictant certaines dispositions dans le seul but d'instituer la solidarité (donc parfaite) en cas de pluralité de responsables. S'il n'existait qu'une seule solidarité, ces articles seraient superflus.

— L'abolition de la distinction de lege lata conduirait à admettre dans tous les cas l'effet interruptif général de la prescription (art. 136 al. 1 CO). Il serait choquant d'étendre le champ d'application d'une norme déjà critiquable, ce d'autant plus que la règle paraît encore plus incompréhensible s'il n'y a aucun rapport de communauté entre les codébiteurs.

## BIBLIOGRAPHIE

- BECK, Emil : Das neue Bürgschaftsrecht (Zurich 1942), ad art. 502, n. 22.
- BECKER, Hermann : Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (2<sup>e</sup> édition, Berne 1941).
- BINDER, Julius : Die korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht (Leipzig 1899).
- BRÜHLMANN, Werner : Haftung und Rückgriff im Schadenersatzrecht (thèse Berne 1927).
- BÜRGI, Wolfhart : Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der Aktiengesellschaft, St-Gallen Festgabe zum schweiz. Juristentag (St-Gall 1965).
- CAPITANT, Henri : De la cause des obligations (Paris 1924).
- CARBONNIER, Jean : Droit civil, 4) Les obligations (Paris 1960).
- CHAUDET, Marc-Henri : Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage (thèse Lausanne 1966).
- CUENDET, Jean : La faute contractuelle et ses effets (thèse Lausanne 1970).
- CUQ, Edouard : Manuel des institutions juridiques des Romains (Paris 1928).
- DEMOGUE, René : Traité des obligations, en général, I, tome IV (Paris 1924).
- DES GOUTTES, René : Pluralité de responsables, JT 1944, p. 98.
- EISELE, Fridolin : Korrealität und Solidarität *in* Archiv. für civilistische Praxis (1891).
- ENGEL, Pierre : Traité des obligations en droit suisse (Neuchâtel 1973).
- ENNECCERUS/LEHMANN : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II : Recht der Schuldverhältnisse (Tübingen 1958).
- ERNST, Alfred : Der Einfluss der Haftpflichtversicherung auf die Rückgriffs- und Ausgleichsansprüche des Versicherten, *in* ZBJV 69, p. 97.
- ESSER, Josef : Schuldrecht, Band 1, Allg. Teil (Karlsruhe 1970).
- FAVRE, Antoine : Droit constitutionnel suisse (Fribourg 1970).
- GEIGEL, Robert : Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts (Munich/Berlin 1957).
- GLARNER, Jacques : Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung... (thèse Berne 1935).
- GILLIARD François : Vers l'unification du droit de la responsabilité, RDS (ZSR), 1967, II, 262.
- GIRARD, Paul-Frédéric : Manuel élémentaire de droit romain (Paris 1911).

- GRÖNER, Otto : Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten und die daraus entstehenden Regressverhältnisse (thèse Zurich 1912).
- GUHL, Albert : Kennt das schweiz. Obligationenrecht einen Unterschied zwischen passiver Korrealität und Solidarität (thèse Leipzig 1908).
- GUHL/MERZ/KUMMER : Das schweizerische Obligationenrecht (Zurich 1972).
- GUHL, Théo (en français) : Le droit fédéral des obligations, trad. Des Gouttes (Zurich 1947).
- GUISAN, François : Note *in* JT 1943, p. 473.
- GULDENER, Max : Schweizerisches Zivilprozessrecht (Zurich 1958).
- HAFTER, Ernst : Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil (Berne 1946).
- HARTMANN, Alfred : Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen (thèse Berne 1942).
- HAYMANN, Erwin : De la subrogation des compagnies d'assurance dans les droits de l'assuré... *in* JT 1944, p. 258.
- HIESTAND, Paul : Der Schadenersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber der Körperverletzung oder Tötung des Versicherten (Stuttgart 1896).
- HIRSCH, Alain : *In* Rapports et communications à la société suisse des juristes, 1967, p. 781-5.
- HÜPPI, Alfred : Der Regress des Versicherers im schweizerischen Privatversicherungsrecht (thèse Fribourg 1927).
- JAEGER, Carl : Kommentar zum schweiz. BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Berne 1932/3).
- JAEGGI, Peter : Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung *in* Mélanges Schönenberger (Fribourg 1968), p. 181 et ss.
- JANSEN, Gerhard : Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen (thèse Fribourg 1973).
- JOST, Arthur : Der Haftpflichtprozess in der Schweiz (Berne 1951).
- KASER, Max : Das römische Privatrecht, I (Munich 1971), II (Munich 1959).
- KELLER, Alfred : Haftpflicht im Privatrecht (Berne 1970).
- KLINGMÜLLER, Friedrich : Unechte Gesamtschuldverhältnisse, *in* Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 64, 1914.
- KOENIG, Willy : Schweizerisches Privatversicherungsrecht (Berne 1967).
- KÜHLENBECK, Ludwig : Staudingers Kommentar zum BGB, II, 1. Teil 5 (6<sup>e</sup> éd. Munich/Berlin 1910).
- KUMMER, Max : Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweiz. Recht (Berne 1954).
- LALOU, Henri : Traité pratique de la responsabilité civile (Paris 1962).
- LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts 1. Band, Allg. Teil (Munich 1970).
- LEUTHOLD, Rolf : Die passive Solidarität im schweiz. OR (thèse Leipzig 1903).

- MAURER, Alfred : *Recht und Praxis der schweiz. obligatorischen Unfallversicherung* (Bâle/Stuttgart 1954).
- MAZEAUD, Henri, Léon et Jean : *Leçons de droit civil*, tome II, vol. 1 (Paris 1969).
- MAZEAUD/TUNC : *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile*, tome II (Paris 1970).
- OFTINGER, Karl : *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, tome I (Zurich 1969), tome II/1 (Zurich 1960), tome II/2 (Zurich 1962).
- OSER/SCHOENENBERGER : *Das Obligationenrecht* (2<sup>e</sup> éd. Zurich 1929).
- OSTERTAG, Fritz : *Actes illicites*, in *Fiches juridiques suisses* n° 696.
- PORTMANN, Peter : *Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht* (thèse Berne 1958).
- PORTMANN, Peter : *Die Ersatzpflicht bei gegenseitiger Schädigung mehrerer Haftpflichtiger und der Regress des Sachversicherers*, in *ZBJV* 90, p. 33.
- REICHWEIN, Heinz : *Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung*, in *SJZ* 1968, Heft 9, p. 129.
- SAVATIER, René : *Traité de la Responsabilité civile en droit français* (Paris 1951).
- SCHÄRER, Max : *Haftpflichtanspruch und öffentliche Versicherung*, in *ZBJV*, 77, p. 195.
- SCHAZMANN, Paul-Emile : *La responsabilité plurale en matière d'actes illicites* (thèse Genève 1928).
- SCHMITT Erich : *Das Regressrecht des Versicherers* (thèse Zurich 1941).
- SCHMITZ, Andreas : *Die unechten Gesamtschuldverhältnisse* (thèse Heidelberg 1914).
- SCHOENENBERGER, Wilhelm : *Die Bedeutung des eigenen und fremden Verschuldens für den Versicherer* (thèse Fribourg 1923).
- SCHWANDER, Vital : *Das schweizerische Strafgesetzbuch* (Zurich 1964).
- SOERGEL/SIEBERT : *Bürgerliches Gesetzbuch* 1. Band (Stuttgart 1959).
- SOURDAT : *Traité général de la responsabilité* (Paris 1911).
- STARCK, Boris : *Droit civil, Obligations* (Paris 1972).
- STARK, Emil : *Probleme der Vereinheitlichung der Haftpflichtsrechts*, rapport à la société suisse des juristes 1967, II, p. 62.
- STAUDINGER/WERNER : *Kommentar zum BGB*, II. Band, 1. Teil (Munich/Berlin/Leipzig 1930).
- STREBEL, Josef : *Kommentar zum BG über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr* (Zurich 1934-8).
- STUCKI, Rudolf : *Mehrheit von Ersatzpflichtigen* (thèse Zurich 1966).
- THILO, Emile : *Notes* in *JT* 1930 p. 275, 1934 p. 67, 1937 p. 299.
- TUOR, Peter : *Das schweizerische Zivilgesetzbuch* (Zurich 1968).
- VON BRINZ, Alois : *Der Begriff obligatio*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 1 (Vienne 1874).
- VON BÜREN, Bruno : *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allg. Teil (Zurich 1964).

- VON SALIS, Adolf : Der Haftpflichtanspruch in Gegenwart und Zukunft, *in* ZBJV 33, p. 443.
- VON STEIGER, Fritz : Das Recht der A.G. in der Schweiz (Zurich 1970).
- VON TUHR, Andreas : Partie générale du Code fédéral des Obligations, trad. Thilo et de Torrenté (Lausanne 1920).
- VON TUHR/SIEGWART : Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (Zurich 1942-4).
- WEITNAUER, Hermann : Versicherungsrecht, Beiheft Karlsruher Forum (Karlsruhe 1962).
- YUNG, Walter : Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat, Recueil de travaux publiés par la Faculté de droit (Genève 1952), p. 215.
- YUNG, Walter : La responsabilité solidaire et la loi fédérale sur la circulation, *in* SJ 1933, p. 241.
- ZELLWEGER, Hans-Jakob : Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht, *in* Abhandlungen zum schweiz. Recht, Heft 413 (Berne 1972).

## TABLE DES MATIÈRES

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| Table des abréviations . . . . . | VII |
|----------------------------------|-----|

### *Chapitre I. — INTRODUCTION.*

|                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------|----|
| § 1. <i>Objet du travail</i> . . . . .                                   | 1  |
| A. Situation du problème . . . . .                                       | 1  |
| B. Délimitation du problème . . . . .                                    | 4  |
| C. Enoncé du problème . . . . .                                          | 6  |
| § 2. <i>La pluralité de responsables en général</i> . . . . .            | 7  |
| A. Le problème du point de vue logique . . . . .                         | 7  |
| a) Le cumul des réparations . . . . .                                    | 7  |
| b) La subsidiarité des prestations . . . . .                             | 8  |
| c) Le partage des responsabilités . . . . .                              | 9  |
| d) Le principe de la solidarité . . . . .                                | 10 |
| B. Le problème du point de vue historique . . . . .                      | 13 |
| a) Le cumul des prestations . . . . .                                    | 13 |
| b) La répartition de la prestation . . . . .                             | 13 |
| c) La solidarité . . . . .                                               | 14 |
| d) Evolution de la solidarité à Rome . . . . .                           | 15 |
| e) La théorie dualiste des romanistes du XIX <sup>e</sup> siècle . . . . | 16 |
| f) Evolution des droits modernes . . . . .                               | 19 |
| C. Le problème en droit comparé . . . . .                                | 20 |
| a) En droit français . . . . .                                           | 20 |
| b) En droit allemand . . . . .                                           | 23 |

*Chapitre II. — FONDEMENTS DE LA DISTINCTION.*

|                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------|----|
| § 1. <i>Existence de la distinction</i> .. . . .              | 27 |
| A. La distinction dans la loi .. . . .                        | 27 |
| B. La distinction dans la doctrine .. . . .                   | 34 |
| C. La distinction dans la jurisprudence .. . . .              | 38 |
| § 2. <i>Recherche de la ratio de la distinction</i> .. . . .  | 40 |
| A. Le critère de distinction .. . . .                         | 40 |
| B. Les cas de solidarité parfaite et de solidarité imparfaite | 42 |
| a) Dans le CC .. . . .                                        | 42 |
| b) Dans le CO .. . . .                                        | 43 |
| 1. L'article 50 CO .. . . .                                   | 43 |
| 2. Les autres cas .. . . .                                    | 46 |
| c) Dans les lois spéciales .. . . .                           | 48 |
| 1. L'article 60 al. 1 LCR .. . . .                            | 48 |
| 2. Les autres cas .. . . .                                    | 50 |
| C. La ratio de la distinction .. . . .                        | 51 |

*Chapitre III. — EFFETS DE LA DISTINCTION.*

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| § 1. <i>Effet interruptif général de la prescription</i> .. . . .  | 59 |
| A. La règle de l'article 136 al. 1 CO .. . . .                     | 73 |
| B. Le principe s'explique-t-il par la ratio de la distinction ? .. | 62 |
| C. Critique de la règle .. . . .                                   | 65 |
| § 2. <i>La subrogation</i> .. . . .                                | 67 |
| A. Principe général .. . . .                                       | 67 |
| a) Le droit de recours .. . . .                                    | 68 |
| b) La subrogation .. . . .                                         | 69 |
| c) Les rapports entre droit de recours et subrogation ..           | 69 |
| d) La règle de l'article 149 al. 1 CO .. . . .                     | 73 |
| B. Le principe s'explique-t-il par la ratio de la distinction ? .. | 73 |
| C. Critique du principe .. . . .                                   | 77 |

|                                                                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 3. <i>La faculté pour un coresponsable d'opposer au lésé des causes personnelles d'atténuation de la responsabilité</i> .. . . .             | 78  |
| A. Les causes personnelles d'exonération et d'atténuation de la responsabilité .. . . .                                                        | 78  |
| a) La distinction entre exception commune et exception personnelle .. . . .                                                                    | 79  |
| b) La distinction entre cause d'exonération et cause d'atténuation de la responsabilité .. . . .                                               | 81  |
| c) Les principales causes d'exonération et d'atténuation de la responsabilité .. . . .                                                         | 82  |
| 1. Quelques moyens libératoires .. . . .                                                                                                       | 82  |
| 2. Quelques causes d'atténuation .. . . .                                                                                                      | 83  |
| B. Les causes personnelles d'atténuation de la responsabilité, face au lésé, en cas de pluralité de responsables .. . . .                      | 83  |
| a) Le problème dans la jurisprudence .. . . .                                                                                                  | 83  |
| b) Le problème dans la doctrine .. . . .                                                                                                       | 86  |
| c) Discussion du problème .. . . .                                                                                                             | 89  |
| 1. En cas de solidarité imparfaite .. . . .                                                                                                    | 89  |
| 1.1. La solidarité est-elle un mécanisme logique ? .. . . .                                                                                    | 90  |
| 1.2. La solidarité a-t-elle pour but de favoriser le lésé ? .. . . .                                                                           | 92  |
| 1.3. Peut-on priver un responsable d'une exception personnelle parce que c'est un facteur pris en considération sur le plan interne ? .. . . . | 93  |
| 1.4. Les arguments en faveur d'une appréciation individualisée de l'obligation de réparer .. . . .                                             | 93  |
| 2. En cas de solidarité parfaite .. . . .                                                                                                      | 96  |
| C. Conclusion .. . . .                                                                                                                         | 100 |
| a) Les causes d'exonération .. . . .                                                                                                           | 100 |
| b) Les causes communes d'atténuation .. . . .                                                                                                  | 100 |
| c) Les causes personnelles d'atténuation, lorsque tous les coresponsables remplissent les conditions des mêmes facteurs de réduction .. . . .  | 100 |
| d) Les causes personnelles d'atténuation dans les autres cas .. . . .                                                                          | 103 |

*Chapitre IV. — CRITIQUE DE LA DISTINCTION.*

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| § 1. <i>Discussion du problème</i> .. .. .                     | 103 |
| A. Critique du principe de la solidarité .. .. .               | 103 |
| B. Critique de la distinction sous l'angle de ses fondements   | 106 |
| C. Critique de la distinction sous l'angle de ses effets .. .. | 110 |
| § 2. <i>L'abandon de la distinction</i> .. .. .                | 113 |
| A. De lege lata .. .. .                                        | 113 |
| B. De lege ferenda .. .. .                                     | 116 |

*Chapitre V. — CONCLUSION.*

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| BIBLIOGRAPHIE .. .. . | 123 |
|-----------------------|-----|

ACHEVÉ D'IMPRIMER  
AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),  
EN DÉCEMBRE 1974





